ALLAN R. BREWER-CARÍAS
Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela

DERECHO ADMINISTRATIVO

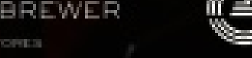
(Reedición ampliada de la edición de Bogotá de 2005)

Principios del Derecho Público; Administración Pública y Derecho Administrativo; Personalidad Jurídica en El Derecho Administrativo; La Organización Administrativa y La Administración Pública Nacional; Los Estados y Municipios y Las Administraciones Públicas Estadal y Municipal; Las Actividades del Estado y La Actividad Administrativa: Principio de Legalidad y Estado de Derecho; El Régimen del Procedimiento Administrativo



Con Presentaciones de los profesores
Jaime Orlando Santofimio y Mauricio R. Pernía-Reyes





ABOGADOS CONSULTORES

EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA INTERNATIONAL

2024

DERECHO ADMINISTRATIVO

Reedición ampliada de la edición de Bogotá de 2005

ALLAN R. BREWER-CARÍAS
Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela

DERECHO ADMINISTRATIVO
(Reedición ampliada de la edición de Bogotá de 2005)

PRINCIPIOS DEL DERECHO PÚBLICO; ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DERECHO ADMINISTRATIVO; PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO; LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL; LOS ESTADOS Y MUNICIPIOS Y LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ESTADAL Y MUNICIPAL; LAS ACTIVIDADES DEL ESTADO Y LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA: PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y ESTADO DE DERECHO; EL RÉGIMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Con Presentaciones de los profesores Jaime Orlando Santofimio y Mauricio R. Pernía-Reyes





2024

Primera edición: *Derecho Administrativo 2005*, Tomos I y II, 2005: Universidad Externado de Colombia, 2005. [www.librosexternado.com]

Reimpresión ampliada: 2024, Universidad Católica del Táchira

Email: allanbrewercarias@gmail.com

www.allanbrewercarias.com

ISBN: 979-8-89184-906-8

Impreso por: Lightning Source, an INGRAM Content company
para: Editorial Jurídica Venezolana International Inc.
Panamá, República de Panamá.
Email: ejvinternational@gmail.com

Diagramación, composición y montaje por: Mirna Pinto,
en letra Times New Roman 10.5, Interlineado 11, mancha 13.5 x 19,5

CONTENIDO

PRIMERA PARTE
EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

SEGUNDA PARTE
LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

TERCERA PARTE:
EL RÉGIMEN DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL

CUARTA PARTE:
EL RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESTADAL Y MUNICIPAL

QUINTA PARTE

LAS ACTIVIDADES DEL ESTADO Y LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA DISCRECIONALIDAD

SEXTA PARTE:
EL RÉGIMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

ABREVIATURAS:

C.:	Constitución
C.C.:	Código Civil
C.Co.:	Código de Comercio
COPP	Código Orgánico Procesal Penal
CPC	Código de Procedimiento Civil
LDMC	Ley especial del régimen del Distrito Metropolitano de Caracas
LFIDES	Ley que crea el Fondo Intergubernamental para la Descentralización
LOAP	Ley Orgánica de la Administración Publica
LOD	Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencias de competencias del Poder Publico
LOPA	Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos
LOPGOT	Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio
LOPPM	Ley Orgánica del Poder Público Municipal

NOTA DE PRESENTACIÓN DEL AUTOR A LA REEDICIÓN AMPLIADA DE 2024 DE LA EDICIÓN DE BOGOTÁ DE 2005

Sobre el origen de esta obra

Esta obra sobre *Derecho Administrativo* fue escrita en 2005, de la cual se publicaron en Bogotá, por la Universidad Externado de Colombia, y por iniciativa de mi apreciado amigo el Profesor Jaime Orlando Santofimio, a quien una vez más quiero agradecer su generosidad intelectual y su afecto personal, los Tomos I y II.

Este volumen que ahora se publica por la Universidad Católica del Táchira gracias a la iniciativa de mi apreciado amigo el Profesor Mauricio R. Pernía-Reyes es, por tanto, la reimpresión, en 2024, de dichos dos tomos, ahora en uno solo, con el agregado de los manuscritos que en 2005 quedaron inéditos y que conformaban el Tomo III y IV de la obra proyectada.

En este volumen, en consecuencia, se he conservado los textos originales de 2005, sin actualizaciones, y así mostrar, ahora, casi veinte años después, lo que entonces era el derecho administrativo en Venezuela, cuyas bases esenciales venían desde la época del régimen democrático (1958-1999), antes de que comenzara la destrucción sistemática del Estado de derecho y del propio derecho administrativo, lo que ocurrió precisamente a partir de 2006. El libro, por tanto, es el testimonio vivo de una época y de las bases de buena parte de la parte general del derecho administrativo que habrá que volver a reconstruir cuando el país logre zafarse del autoritarismo y de la kakistocracia gobernante.

El proyecto que en 2005 se materializó parcialmente en aquellos dos tomos publicados en Bogotá y en el material de los Tomos subsiguientes que quedaron en mis archivos, buscaba completar una obra de cinco tomos que para entonces estaban estructurados para estudiar los siguientes grandes tópicos: en el **tomo I,** los principios fundamentales del derecho público, tanto administrativo como constitucional (*Introducción general*); la Administración Pública y el derecho administrativo (*Primera parte*); y la personalidad jurídica en el derecho administrativo (*Segunda parte*); en el **tomo II,** los aspectos sustanciales de la organización administrativa, particularmente de la Administración Pública nacional (*Tercera parte*); y de las Administraciones Públicas estadales y municipales (*Cuarta parte*); en el **tomo III,** las actividades del Estado y la actividad administrativa (*Quinta parte*); y el procedimiento administrativo (*Sexta parte*); en el **tomo IV,** el acto administrativo (*Séptima parte*); y los contratos del Estado (*Octava parte*), y en el **tomo V,** el control judicial de la actividad administrativa, es decir, el contencioso administrativo.

Del proyecto concebido, como antes señalé, sólo salieron publicados los dos primeros tomos, habiendo quedado los tres tomos siguientes bastante estructurados y redactados en mis archivos, razón por la cual para esta edición he incorporado el manuscrito inédito destinado a lo que hubiera sido el de los **tomos III y IV.**

Para la edición de Bogotá de 2005, había preparado una Nota de Presentación, la cual, sin embargo, al fin no salió publicada, cuyo texto era el siguiente, esta sí ahora ajustado para esta reedición:

Notas para la presentación de la edición de Bogotá, 2005, que quedaron inéditas

En 1975 apareció en Caracas, editado por la Universidad Central de Venezuela, nuestro ***Derecho administrativo, Tomo I*** *(463 pp.), texto que era el anuncio de un proyecto muy ambicioso de una obra de larguísimo alcance sobre la disciplina, el cual, sin embargo, precisamente por la intensísima actividad académica que tuve en los treinta largos años precedentes, no pude continuar en su momento.*

Pero nunca es tarde para la labor creadora, y menos cuando se trata de las actividades académicas que se realizan con gran entusiasmo, como fue precisamente la que representó la obra que entonces acometí, y que comenzó a ser editada en Bogotá por la Universidad Externado de Colombia y la Universidad Central de Venezuela; obra mediante la cual había reformulado totalmente el viejo proyecto.

Se trataba, sin duda, de una tarea que tenía pendiente, pero que consideré que en 2005 la cumplía en el momento que debía ocurrir, en la cual tenía ya la oportunidad de recoger los frutos de las más de cuatro décadas de investigación y de enseñanza de esta disciplina, tanto en pre como postgrado. Había ya cumplido una fructífera actividad académica, la cual desde 1963 había tenido la fortuna de desarrollar en las muy queridas Universidades a cuyo Claustro he tenido y tengo el privilegio de pertenecer, tanto en Venezuela (Universidad Central de Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello, Universidad de Los Andes, Universidad del Zulia y Universidad Católica del Táchira) y en Colombia (Universidad Externado de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario), como en Europa (Universidad de Cambridge, Universidad de París II, Universidad Carlos III de Madrid).

El tiempo pasa siempre dejando sus huellas, y en relación con esa obra, produjo la necesidad de cambiar tanto el proyecto original, como el contenido mismo de aquél ***Tomo I*** *del* ***Derecho administrativo*** *de 1975, que en su momento básicamente estuvo dedicado al estudio de lo que en entonces califique como los supuestos fundamentales de la disciplina.*

En sí mismo, aquél era un tema inagotable que invadía los campos de las instituciones políticas y constitucionales y del propio derecho constitucional, por lo que puede decirse que al desarrollo de cuanto escribí en aquél tomo I de 1975, fue a lo que dediqué buena parte mi actividad académica posterior, al editar el libro ***Instituciones Políticas y Constitucionales****, en aproximaciones sucesivas hasta llegar a la edición en 7 tomos realizada entre 1996 y 1998, por la Editorial Jurídica Venezolana y la Universidad Católica del Táchira (4.589 pp.). Esa edición había sustituido la de 1985 (en 2 tomos, 1.488 pp.) la cual a su vez había sustituido la de 1982 (713 pp.).*

En la Presentación de esa extensa obra yo mismo apunté, sin duda equivocadamente, como el tiempo lo demostró, que "con estos trabajos cierro, por ahora, un capítulo de la incursión de un administrativista en los predios de la ciencia política y del derecho constitucional"; agregando que "Tengo proyectado volver rápidamente a mi campo específico, y desde ya trabajo en una obra sobre Instituciones de derecho administrativo que espero saldrá pronto a la luz pública".

Sin embargo, ello no fue así, y sólo fue después de casi una década que pude comenzar a acometer dicha tarea. Es decir, no sólo no pude en ese momento (1998) volver a mis predios iniciales, sino que la propia crisis del sistema político venezolano a finales de los ochenta y los cambios políticos y constitucionales que ocurrieron en

Venezuela a partir de los noventa, así como mi propia participación como constituyente en la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, me obligaron de nuevo a posponer aquella tarea anunciada de volver al derecho administrativo, y me exigieron más bien profundizar el tema constitucional, lo que condujo, en 2000 a editar el libro ***Comentarios sobre a la Constitución de 1999****, que desembocó, en 2004, a la edición de la obra* ***La Constitución de 1999. Derecho constitucional venezolano****, publicada en 2 tomos (1.349 pp.) por la Editorial Jurídica Venezolana.*

Pero el tiempo llegó para acometer la tarea pendiente inconclusa, y gracias al estímulo intelectual que significó la propuesta de Jaime Orlando Santofimio, salieron a la luz los dos tomos de la obra de ***Derecho administrativo*** *por la Universidad Externado de Colombia, anunciando que seguirían los tomos restantes que tenía casi completamente estructurados. Y anunciaba, además de los primeros cinco tomos, que otros tomos seguirían destinados a estudiar los cometidos estatales, los recursos para su desempeño (administración financiera, bienes públicos, estatuto de la función pública), la participación de los administrados en las tareas administrativas, la responsabilidad de la Administración Pública, y el régimen jurídico administrativo de la economía, de la ordenación territorial y del urbanismo.*

Sin duda, se trataba, de nuevo, de un proyecto ambicioso, considerando que la obra no sólo era esperada por muchos alumnos, colegas de cátedra y amigos, sino principalmente por mi mismo. De allí el entusiasmo con que la acometí, gracias a Dios siempre en compañía de Beatriz, con los mismos bríos intelectuales y vitales con los que asumí la redacción de mi primer libro en estos campos, en aquellos siempre recordados días parisinos que pasamos juntos a comienzos de los años sesenta, sobre ***Las Instituciones Fundamentales del derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana****, (494 pp.), obra también editada por la Universidad Central de Venezuela (1964).*

Y concluía aquella presentación inédita diciendo: ¡Cuarenta años entre una y otra obra, para una vida ciertamente es mucho, pero en realidad no es nada cuando a pesar de ello, se siente que se tiene la vida por delante!

Caracas, Bogotá, octubre de 2005

Sobre cómo, de nuevo, el proyecto de 2005 quedó truncado

Sin embargo, a pesar de todas las buenas intenciones de concluirlo, con el proyecto de la obra de ***Derecho Administrativo*** de 2005, del cual solo salieron los dos tomos indicados, pasó lo mismo que con el proyecto de 1975, del cual solo se publicó un tomo, y es que ambos quedaron inconclusos. Otras circunstancias vitales, y diferentes prioridades académicas se impusieron e interpusieron.

De manera que así como sucedió con el proyecto de 1975, cuando entonces las vueltas que da la vida me orientaron hacia otros intereses académicos en el ámbito del derecho constitucional, como antes mencioné, que acapararon mi atención y dedicación, el proyecto de 2005 también se encontró con otra nueva vuelta que dio la vida, como fue que precisamente cuando dichos dos tomos salían de la imprenta en Bogotá, pensando que podía dedicarle a la tarea subsiguiente buena parte de mi tiempo, lo cierto fue que no pude ni siquiera participar en la presentación pública de la obra en esa querida ciudad, pues semanas antes de su aparición, ya me encontraba en Nueva York, impedido de poder regresar a mi país, forzosamente exilado por la persecución política que se desató en mi contra.

La vida en Nueva York, alejado de mi hábitat familiar y académico de Caracas, alejado de mi práctica profesional y de mi oficina de abogados y, sobre todo, alejado de mi biblioteca, tuvo sus repercusiones, no en la intensidad del trabajo académico e intelectual, que continuó y nunca cesó, sino en el cambio necesario de planes.

De entrada, fui llamado a dar clases en la Escuela de Derecho de la Universidad de Columbia, en Nueva York, donde me acogieron de inmediato como Profesor Adjunto, lo cual para mí fue un privilegio que agradezco mucho, pero no exento de repercusiones, como fue la necesidad de orientar mi trabajo y mis investigaciones hacia puntos alejados del derecho administrativo, y que seguían en la órbita del derecho constitucional. El curso que di en la Universidad de Columbia, en efecto, fue sobre la acción de amparo en el derecho constitucional comparado latinoamericano, lo que acaparó mi atención, terminando el curso con la preparación del libro ***Constitucoonal Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of the "Amparo "proceeding***, publicado por Cambridge University Press, 2009. Por otra parte, durante mi estadía en Nueva York fue y ha sido constante, en paralelo, mi interés por el proceso constitucional que se siguió desarrollándose en Venezuela, que no ha cesado de interesarme, particularmente por las ejecutorias del Tribunal Supremo de Justicia como Juez Constitucional, quedando plasmadas mis investigaciones en muchos libros editados desde entonces, entre los que destaco los dieciséis volúmenes de mi ***Tratado de Derecho Constitucional***, Editorial Jurídica Venezolana 2013-2017, y en inglés, en los libros ***Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment,*** también publicado por Cambridge Univereaity Press, 2010; ***The Collapse of the Rule of Law and the Struggle for Democracy in Venezuela. Lectures and Essays (2015-2020),*** Cátedra Mezerhane sobre democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos, Miami Dade College, 2020; y ***The Fake Rule of Law and the Rise of Kakistocracy in Venezuela (Rule of Lies and Rule of Power),*** EJV International Editions, New York 2023.

Ello me ha llevado al analizar con toda regularidad la situación política y constitucional del país, y las actuaciones de la Sala Constitucional, lo que sigo haciendo, de lo cual he salido convencido de que si el autoritarismo se apoderó de la República ello fue posible por el asalto efectuado sobre el Tribunal Supremo y por el control político del cual ha sido objeto. Por ello, éste se convirtió en el instrumento más letal del autoritarismo para desmantelar las instituciones del Estado de Derecho y la democracia en el país, desde dentro del Estado mismo.

Sobre cómo en el tercer intento, vino la vencida

Pero la empresa de editar una obra de Derecho Administrativo, sin embargo, continuó en mis proyectos, y al fin cristalizó en 2013 con la publicación de los seis tomos de mi ***Tratado de Derecho Administrativo***, en Madrid, por la Editorial Civitas-Aranzadi-Thomson, el cual, en definitiva, visto retrospectivamente, no fue sino el resultado de los dos primeros intentos de acometer una obra de largo alcance sobre la materia, los cuales, en sus respectivos tiempos, por las diversas razones expuestas y a pesar de todo mi interés, no llegaron a cristalizar sino parcialmente.

En la Presentación de la obra de 2013 en Madrid, por ello, dije que como "a la tercera la vencida," aparecía entonces el **Tratado** en el cual recogí, sistematizada, toda mi extensísima obra en esta disciplina publicada durante los últimos sesenta años, y que estaba dispersa tanto por los diversos temas tratados, como por el sitio geográfico de su publicación.

Dije entonces que como la idea de acometer la sistematización de toda mi obra en derecho administrativo siempre estuvo circulando, en dichos seis Tomos estimé que había quedado cristalizada *"a mi manera,"* pues:

> *En esos seis Tomos, al fin, está publicado ordenadamente todo lo que he escrito en cinco décadas en relación con la teoría del derecho administrativo (esta obra no abarca lo escrito respecto de la materia administrativa, referida por ejemplo, al régimen de la economía, del urbanismo o de la ordenación del territorio), y que ha aparecido en libros y en artículos publicados en Revistas y Obras colectivas en casi todos*

los países de América Latina y en varios países europeos, y que, por supuesto, nadie, salvo yo, podía saber dónde, cuándo y en qué forma aparecieron, y cómo conseguirlos. La tarea ya está hecha."

En todo caso, aparte de lo importante que ello es para la comprensión global de mi obra en la materia, el hecho de que salieran entonces publicados esos seis Tomos, a comienzos de 2013, después de más de una década de demolición del Estado de derecho en Venezuela, y con ello, de las bases mismas del derecho público en el país, tanto del derecho constitucional como del derecho administrativo, la publicación la consideré como un testimonio en sí mismo del desarrollo extraordinario que tuvo la disciplina, lo que en el futuro, cuando se trate de reconstruir el Estado de derecho en el país, constituirá una herramienta fundamental.

Entonces, en 2013 dije:

"Recoger todo ese material y preparar, con base en ello, una nueva obra totalmente actualizada que tratara todo el derecho administrativo, como hubiera sido lo ideal, a estas alturas de mi vida hubiera requerido el que pudiera disponer de otra vida, con la misma intensidad, dedicación e interés como la que he tenido el privilegio de vivir hasta ahora. Como ello ya no era posible, pues a pesar de que la vida es larga, también es breve, he optado por rescatar, recopilar y publicar toda mi obra publicada durante las últimas décadas, con la sistematización propia de un ***Tratado,*** *pues en ella, materialmente, he considerado todos los temas de la disciplina. Al emprender esta tarea, lo que en definitiva hice con conocimiento de causa, fue adelantarme a la iniciativa que quizás algún generoso antiguo alumno o amigo hubieran podido tener en el futuro para cuando ya me toque no poder circular más por estas avenidas de la vida, de efectuar esa labor de búsqueda, recopilación y sistematización. Es claro que nadie mejor que yo, quien conozco todos los vericuetos de mi obra, podría hacer ese trabajo, de manera que como sé, además, lo difícil que hubiera sido para otra persona acometerlo, aquí está el trabajo hecho por el propio autor antes de que le toque irse.*

La obra, sin embargo, no hubiese cristalizado si no es porque previamente tuve las iniciativas anteriores de producir un ***Derecho Administrativo*** en varios tomos, en 1975 y luego 2005, con toda la intención de concluirlos. Como dije, ello no fue posible, pues la vida, particularmente la académica, no siempre responde a planes preconcebidos, que a veces las circunstancias obligan a cambiar.

Sobre esta reimpresión en 2024, de la obra inconclusa de 2005

En cuanto al ***Derecho Administrativo*** de 2005, como dije, solo se publicaron los dos primeros tomos, que ahora se reimprimen en este volumen por la Editorial Jurídica Venezolana International, para colocarlos en físico a disposición de los interesados, y además, montar el texto para que sea de acceso libre en mi página web (www.allanbrewercarias.com) para todos los estudiantes y estudiosos del tema.

Esta edición, como dije, reproduce el texto de los **dos Tomos** publicados en Bogotá, al cual he agregado el manuscrito que quedó entonces inédito de los proyectados **tomo III y IV**.

El volumen, en todo caso abarca los aspectos medulares de la teoría del derecho administrativo que se refieren a los siguientes grandes temas: (i) los principios del derecho público; (ii) la administración pública y derecho administrativo; (iii) la personalidad jurídica en el derecho administrativo; (iv) la organización administrativa y la administración pública nacional; (v) los estados y municipios y la administración pública estadal y municipal; (vi) las actividades del Estado y la actividad administrativa: principio de legalidad y discrecionalidad; y (vii) el procedimiento administrativo.

Casualmente el volumen abarca las mismas materias medulares de la disciplina que comencé a estudiar en el segundo año de la carrera de derecho en la Universidad central de Venezuela, en 1958-1959, y que casualmente fueron las únicas a las cuales pudo referirse el profesor Gonzalo Pérez Luciani. Las demás, como debía ser, las comenzamos a estudiar por nuestro interés y por nuestra cuenta, y así ha sido en los últimos 65 años.

Quienes han trabajado conmigo son testigos de ello. Pero hay además una testigo fiel y privilegiado quien además ha sido en buena parte la motivación central de mi trabajo intelectual, y ha sido Beatriz, cuya compañía vital y apoyo permanente he tenido el privilegio de haber tenido siempre, desde cuando comencé mi actividad de investigación dedicada al estudio del derecho público en 1960 como estudiante auxiliar de investigación en el Instituto de Derecho Público. Al año siguiente nos casamos, y Dios y la vida han sido generosos conmigo al permitirme haber contado siempre con su compañía, apoyo y amor, que es en definitiva lo que me ha permitido tener la tranquilidad necesaria para el trabajo intelectual.

Por ello siempre le he dedicado a ella mis trabajos, por lo que, por supuesto, también le dedico éste que fue en su momento, cosecha de tantos años de esfuerzos juntos.

Mi renovado agradecimiento muy especial, por último, al profesor Jaime Orlando Santofimio, quien como dije fue quien alentó la edición de 2005 por la Universidad Externado de Colombia en Bogotá; y al profesor Mauricio R. Pernía-Reyes, quien ha alentado esta edición de 2024 por la Universidad Católica del Táchira; por sus respectivas iniciativas y por la Reflexión y la Presentación que respectivamente han incorporado a la obra. Gran honor que me han hecho con sus generosas palabras y reflexiones.

Nueva York, enero de 2024

PRESENTACIÓN

DEL LIBRO "DERECHO ADMINISTRATIVO" (REEDICIÓN AMPLIADA DE LA EDICIÓN DE BOGOTÁ DE 2005) DEL PROFESOR ALLAN R. BREWER-CARÍAS

Mauricio R. PERNÍA-REYES
Profesor investigador
de la Universidad Católica del Táchira

El profesor Allan Brewer-Carías en la presente reedición ampliada de su obra «**Derecho Administrativo**», confirma su generosidad y su ejemplar perseverancia en la divulgación académica, proporcionando renovadas razones para dar continuidad al cultivo de esta rama del derecho público que, como «"derecho estatal" (…) además de emanar del Estado, está destinado a regular una de sus partes esenciales, la Administración Pública»[1].

Es así como ve la luz esta reedición ampliada de una obra cuyo origen remoto estuvo en la edición de la Universidad Central de Venezuela de ***Derecho Administrativo, Tomo I***, de 1975 y que, luego de la reformulación de tal proyecto, se editó en dos tomos con los sellos de la Universidad Externado de Colombia y de la Universidad Central de Venezuela, en 2005 y que hoy me complace presentar, esta vez en edición de la Editorial Jurídica Venezolana International y de la Universidad Católica del Táchira.

Esta obra, que reproduce el texto de los dos tomos publicados en Bogotá (2005), cuenta con el agregado inédito del contenido de lo que hubieran conformado los **tomos III y IV** cuya elaboración se vio interrumpida, como lo señala el profesor Brewer-Carías, por diversas «…circunstancias vitales, y diferentes prioridades académicas se impusieron e interpusieron», y que ahora se publican en un solo texto que supera las 1.150 páginas que puede consultarse en formato papel para los interesados, así como mediante libre descarga en la página web del profesor Allan Brewer-Carías (www.allanbrewercarias.com) y, por su generosidad, por la página web de la Universidad Católica del Táchira (www.ucat.edu.ve).

Con esta edición se incorpora a la literatura del Derecho Público venezolano y de Iberoamérica, una consolidada obra que se caracteriza no solo por la racionalidad, el orden, la sistematización y la profundización de su contenido, sino también por lo oportuno de su publicación dado que, en las actuales circunstancias, se requiere de la renovación de la mejor ciencia para la formación de estudiantes y profesionales del derecho, como fuente para

[1] Brewer-Carías, Allan, "A manera de prólogo" en Santofimio Gamboa, Jaime, *Compendio de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, p. 31.

los investigadores, así como para la labor de legisladores, de los responsables de la formulación, diseño e implementación de políticas públicas, de los funcionarios públicos de las consultorías jurídicas de los órganos y entes del Estado, de los operadores de justicia y de los ciudadanos en su vinculación con la Administración Pública, cuando tienen necesidad de relacionarse con el Estado.

Por ello, coincidiendo con lo que señala el profesor Brewer-Carías, respecto de la publicación de su obra de seis tomos ***Tratado de Derecho Administrativo*** (Madrid, 2013) este libro, así como el señalado, constituyen herramientas fundamentales «… cuando se trate de reconstruir el Estado de derecho en el país» (Brewer-Carías, 2024), a lo que conviene agregar que dentro de la extensa obra del profesor Brewer-Carías, también se vinculan con la reconstrucción institucional, su tesis doctoral de la Universidad Central de Venezuela, ***Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*** (1964)[2] y, en el campo de las instituciones políticas y del derecho constitucional, su obra de siete tomos, ***Instituciones Políticas y Constitucionales*** (1997) publicada por la Editorial Jurídica Venezolana y la Universidad Católica del Táchira y su obra en dieciséis tomos, ***Tratado de derecho constitucional*** (2013-2015), publicada por la Editorial Jurídica Venezolana.

Es por ello por lo que no podemos dejar de felicitar la publicación de ***Derecho Administrativo reedición ampliada de la edición de Bogotá de 2005***, reconociendo la infatigable labor académica del profesor Allan R. Brewer-Carías, su invaluable aporte al Derecho Público y su generosidad en la divulgación de sus investigaciones que constituyen el fundamento del estudio y difusión del Derecho Administrativo en Venezuela.

Finalmente, quiero agradecer la invitación del Maestro Allan R. Brewer-Carías para realizar esta presentación por la Universidad Católica del Táchira, destacando que el profesor Brewer-Carías es, además, Doctor *Honoris Causa* en Derecho de esta casa de estudios[3] y, por tanto, miembro del claustro de esta Universidad y mentor de sus generaciones de administrativistas[4].

Damos, pues, la bienvenida a esta invaluable publicación del profesor Allan R. Brewer-Carías, anticipando al lector que tiene en sus manos una obra que enriquece el acervo del Derecho Administrativo siendo testimonio de una vida consagrada al estudio y divulgación para el progreso de esta disciplina, que administrativistas de Venezuela e Iberoamérica, agradecemos.

San Cristóbal, enero de 2024

---

2 Puede consultarse igualmente: Hernández, José Ignacio, en *Libro homenaje a Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana del profesor Alan R. Brewer-Carías en el cincuenta aniversario de su publicación 1964-2014 (con el texto íntegro del libro homenajeado)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015.

3 Véase: *Discurso en el Acto de Recepción del Doctorado Honoris Causa*, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal 21 de abril, 1992. Puede consultarse en: https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/09/CEREMONIAL-Y-DISCURSOS.pdf [Consulta en línea, Enero de 2024].

4 También es ocasión inmejorable para agradecer la generosidad del profesor Allan R. Brewer-Carías por escribir el pórtico de mi libro «Estudios de Derecho Minero" (2023), que forma parte de la «Colección Cuadernos de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público de la Universidad Católica del Táchira», publicado por la Editorial Jurídica Venezolana y la UCAT, en el 60° aniversario de su fundación.

A TÍTULO DE REFLEXIÓN SOBRE LA REEDICIÓN AMPLIADA DEL LIBRO "DERECHO ADMINISTRATIVO" DE ALLAN R. BREWER-CARÍAS

Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA

Profesor Emérito de Derecho Administrativo
Universidad Externado de Colombia

El honor que me hace el profesor Allan R Brewer-Carías al solicitarme algunas reflexiones en torno a la reedición ampliada de su obra *"Derecho Administrativo",* estudio significativo y fundamental sobre el derecho público democrático en Iberoamérica, que por iniciativa de nuestro Rector Fernando Hinestrosa publicamos en el año 2005 en dos volúmenes[1], dada su especial característica de ser, entre otras también publicadas por la Universidad[2], una de las obras doctrinales más profundas y documentadas en el ámbito de nuestra disciplina, redactada con la pulcritud y finura del maestro cultor del orden constitucional, respetuoso de las bases y principios edificadores del Estado de derecho, los derechos humanos y los mandatos convencionales, que abordaba integralmente los contenidos programáticos de nuestro derecho administrativo, lo que lo hacía, un trabajo enriquecedor para el acervo bibliográfico básico de apoyo a la investigación en los cursos de maestría y de especialización organizados y dirigidos por el *Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia.*

La reedición ampliada de aquellos dos volúmenes de 2005 que hoy nos presenta el profesor Allan R Brewer -Carias, compilados en un solo texto, no obstante su fortalecimiento conceptual en el ideario de un constitucionalismo viviente y garante de los derechos y las libertades, nutrido de la esencia democrática[3] que debe prevalecer en cualquier diálogo natural del derecho administrativo y del ejercicio propiamente de la actividad adminis-

---

1 Allan R Brewer-Carías. *Derecho Administrativo.* Tomos I y II. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005.

2 Allan R Brewer-Carías. *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus Aportes al constitucionalismo moderno*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008; *Modelo Urbano de la ciudad colonial y su implantación en Hispanoamérica.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008; *Reforma constitucional, Asamblea Constituyente y Control Judicial: Honduras (2009), Ecuador (2007) y Venezuela (1999).* Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2009; (Varios) *Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013.

3 Allan R Brewer-Carías. *Derecho Administrativo.* Reedición ampliada de la edición de Bogotá de 2005. Universidad Católica del Táchira. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2024.

trativa en cualquiera de nuestros países[4], aparece, sin embargo, en momentos de profunda crisis del constitucionalismo, del crecimiento y auge de múltiples forma de autoritarismo corrupto y depredador de la vida, la sociedad y la economía; de ruptura de las reglas y principios más elementales de convivencia entre el ser humano y los detentadores del poder; de huida de la idea de un derecho administrativo, transparente, garantístico y actuante en favor de los intereses públicos, los derechos humanos y de todas las formas de libertades ante el avance desbordado de oscuros modelos de Estado y de gobiernos profundamente alejados y ausentes del atributo democrático[5].[6]

Esta narrativa contextual, que no quiero en manera alguna que pueda ser tildada de fatalista, sino más bien, descriptiva de una arrolladora realidad con impacto directo en la suerte del derecho administrativo, encuentra en la reedición ampliada de la obra *del* profesor Allan Brewer-Carías una infranqueable barrera para su contención, construida y profundamente soportada en la ideología fundante del Estado de derecho[7] y los órdenes jurídicos constitucional y convencional[8], con los cuales el autor hace frente a la arbitrariedad y fortalece toda consideración posible en torno al derecho administrativo, pasando en consecuencia este monumental trabajo a constituirse para la doctrina y la teoría de nuestra disciplina en un faro en medio de las tinieblas, una guía invaluable para la consolidación del Estado democrático, o, si es del caso, su reconstrucción[9], todo a partir del arraigo a una

---

4 Allan R Brewer-Carías. *Sobre la Democracia*. Editorial Jurídica Venezolana. New York/Caracas. 2019.

5 Allan R Brewer-Carías. *Democracias actuales y falseamiento del Estado de Derecho*. Conferencia. PUCMM. Santiago de los Caballeros. República Dominicana. 12 octubre de 2023; *El falseamiento de las democracias.* Conferencia. Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá. 5 de octubre de 2023; *Democracias actuales y falseamiento del Estado de derecho. Especial referencia al caso de Venezuela*. Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 6 de octubre de 2023; *El caso de Venezuela: Un Estado depredador en guerra contra el país, sus instituciones, sus habitantes y sus ciudadanos.* Conferencia. World Law Congress. New York. 20 de julio de 2023; La ruina de la Democracia. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2015.

6 De los múltiples trabajos al respecto del profesor Allan R Brewer-Carías, podemos reconstruir las ideas básicas y centrales de este catálogo nefasto de prácticas y mecanismos lesivos al orden constitucional y convencional en los siguientes términos: (i) proliferación de discursos autoritarios y populistas en quienes ejercen el poder; (ii) la mentira como política de Estado y negación de la transparencia; (iii) desquiciamiento de la administración pública; (iv) proliferación de mecanismos y métodos dirigidos a generar inseguridad en el respeto y acatamiento de los derechos humanos, desconocimiento pleno de la convencionalidad y del derecho internacional consuetudinario; (iii) ausencia material y real de la separación de poderes; (v) surgimiento de un nuevo modelo de Estado autoritario que no tiene su origen inmediato en un golpe de Estado militar, como ocurrió en el transcurso de las décadas del siglo pasado, sino en elecciones populares; (vi) demasiada concentración y centralización del poder, sin controles efectivos, así se tenga origen popular. "*Si no hay controles efectivos sobre los gobernantes, y peor aún, si estos tienen o creen tener apoyo popular, inevitablemente conduce a la corta o a la larga a la tiranía"*; (vii) centralización del poder y ausencia efectiva de participación política; (viii) concentración del poder y autoritarismo constitucional; (ix) la reelección presidencial indefinida. La idea democrática restringe por su misma naturaleza el ejercicio del poder sin temporalidad. Le es ínsito a este sistema *"limitar los mandatos presidenciales en el tiempo y en su repetición, de manera de evitar que amparados en la reelección presidencial surgieran "nuevas monarquías" incluso semi hereditarias, con "príncipes" y "cortesanos" incluidos, no de sangre, sino basadas en supuestas elecciones no siempre libres, ni directas, ni transparentes, y en todo un andamiaje de adulación servil al jefe"*; (x) desconocimiento recurrente de la voluntad popular; (xi) el asalto al poder y la consolidación del Estado criminal; (xii) la perversión del Estado de derecho por el juez constitucional. Ruptura y abandono del sendero de la justicia; (xii) manipulación y pérdida de rumbo de la democracia participativa.

7 Allan R Brewer-Carías. *Estado de Derecho.* Funeda, Universitas Fundación. Caracas. 22 de marzo de 2022; Principios del Estado de Derecho. Editorial Jurídica Venezolana. Miami/Caracas. 2016.

8 Allan R Brewer-Carías. *Justicia Constitucional y Convencional como garantía de los derechos ciudadanos a la supremacía de la Constitución y a una democracia participativa*. Conferencia. Ministerio Público Provincia de Buenos Aires. 30 de noviembre de 2023.

9 Allan R Brewer-Carías. *Panorama del derecho Administrativo como instrumento para la construcción de la institucionalidad*. Conferencia. Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Lima. 18 de mayo de 2022.

sistemática jurídica soportada en los principios fundantes del moderno derecho público que le dan vida propia y dinámica al constitucionalismo democrático y al derecho administrativo como su principal instrumento de acción y presencia[10].

En este contexto la obra del profesor Allan R Brewer-Carías, *"Derecho Administrativo"* en su versión ampliada gira en torno a tres ejes conceptuales fundamentales. ***(i)*** La ideología irradiante del constitucionalismo como inspirador de un derecho administrativo democrático y presente, frentero de la arbitrariedad y del autoritarismo; ***(ii)*** Una administración pública orgánica y funcionalmente democrática sujeta formal y sustancialmente al derecho administrativo construido y soportado en los principio y valores del orden constitucional y, (***iii)*** El respeto absoluto a las obligaciones y compromisos internacionales del Estado por las autoridades administrativas en el ámbito de competencias, esto es, en el reconocimiento de la vigencia de un derecho convencional y de un específico *"Control de Convencionalidad"* vinculante en el contexto de la administración pública y por lo tanto, fundamental para el entendimiento y conceptualización de un derecho administrativo democrático.

I

LA IDEOLOGÍA DEL CONSTITUCIONALISMO Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

La ideología del constitucionalismo articuladora del Estado constitucional que irradia absolutamente todo el ordenamiento jurídico y que se soporta en los principios fundamentales del moderno derecho público, imbrica toda la construcción sistemática de un derecho administrativo[11], vinculado a los propósitos y finalidades del Estado social de derecho y determinante en consecuencia de cualesquiera de las actuaciones y decisiones que adopten las autoridades y organismos propios de la administración[12]. *(Introducción General).*

Bajo estas consideraciones sustanciales, la obra avanza indudablemente en la constante y persistente idea del autor en torno al Estado constitucional y de sus alcances omnicomprensivos en la configuración del ordenamiento jurídico, por lo tanto, de un derecho administrativo vivencial fundado de manera directa y material en la Constitución[13]. La edición revisada que hoy nos ocupa, se apuntala inamovible en este paradigma de nuestra cultura jurídica: el del constitucionalismo fundante del Estado constitucional como base suprema de construcción, soporte y acción de los agentes administrativos y de su derecho conforme a sus finalidades, principios y valores[14].

Se puede sostener que en esta nueva edición revisada el autor se transforma en un claro ideólogo del derecho administrativo del Estado constitucional y convencional como instrumento de lucha permanente idónea y civilizada frente a las desfiguraciones arbitrarias,

---

10 Allan R Brewer-Carías. *Democracia y Estado de Derecho*. Conferencia. Universidad Austral. Buenos Aires. 24 noviembre de 2023.

11 Rolando Tamayo y Salmorán. *Introducción al Estudio de la Constitución*. Universidad Nacional Autónoma de México. 1986. Págs. 99 y Sgte.

12 Allan R Brewer-Carías. *Derecho Administrativo.* Reedición Cit. Pág. 55; *Los principios fundamentales del derecho público.* Editorial Investigaciones Jurídicas/ Editorial Jurídica Venezolana. San José. Costa Rica. 2012.

13 Allan R Brewer-Carías. Constitución, *las Políticas Públicas y el Gobierno*. Conferencia. Universidad Nacional del Nordeste, Argentina. 20 de septiembre de 2023.

14 Allan R Brewer-Carías. *El Derecho Administrativo en la Constitución*. Cuadernos de los cursos de Especialización en derecho administrativo. Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 2022.

autoritarias y despóticas del poder[15] que humillan y someten a las personas rompiendo injustamente las libertades y los derechos humanos[16]. Bajo esta preceptiva, declara al derecho administrativo como una disciplina que contradice cualquier forma de absolutismo, autocracia o concentraciones antidemocráticas del poder[17].

Acercarse entonces a cada una de las sólidas ideas y profundos conceptos de su inmensa obra jurídica sobre el *"Derecho Administrativo"* lleva al estudioso, como lo he sostenido en otras notas en torno a la figura de Allan R Brewer-Carías, a descubrir, con el mejor estilo, claridad y fortaleza, las bases de nuestro ordenamiento jurídico, la razonabilidad de las normas, principios y valores que nos dignifican como seres humanos, así mismo, a introducirse en las ideas democráticas y republicanas como las únicas válidas para garantizar la paz , la seguridad jurídica, prevalencia de los derechos y libertades y el bienestar de nuestras sociedades [18].

El autor desde la palestra del educador nato nos lleva de la mano a un activismo irreprochable en torno al derecho administrativo constitucional y convencional[19]. Precisamente, sin perder nunca el horizonte de sus principios fundantes y razones históricas que dieron lugar a la configuración del Estado constitucional, destaca como razón superlativa para desentrañar un concepto del *derecho administrativo* su inmenso vínculo con el orden jurídico dentro del cual imbrica de manera natural y obvia bajo consideraciones monistas, la convencionalidad, haciendo, por lo tanto, de este, la base de la convivencia, reivindicando para el efecto una institucionalidad democrática al servicio de la humanidad[20].

Es justamente a través de la esencia conceptual que la obra precisa el alcance de la articulación sustancial entre la Constitución, convencionalidad y el derecho administrativo despojando de retórica formalista la esencia de la disciplina y abandonando sus clásicas aproximaciones a la simple legalidad. Para estos efectos la principalística constitucional cumple un papel estelar y determinante en la obra de Allan R Brewer-Carías[21].

La Constitución Política del Estado y sus principios fundantes que lo son en esencia aquellos propios del derecho público, fijan el derrotero y contenido del derecho administrativo. En palabras del autor, los principios constitucionales o si se quiere, las bases constitucionales del derecho administrativo que conforman el tronco jurídico común del derecho constitucional y administrativo, construidos paulatinamente por la doctrina y la jurisprudencia resultan esenciales para darle cuerpo y vida al derecho administrativo, en esto coincidimos plenamente, la Constitución política del Estado, *"entendida como el conjunto ar-*

---

[15] Allan R Brewer-Carías. *El Estado totalitario y desprecio a la ley. La desconstitucionalización y desdemocratización de Venezuela.* Fundación de Derecho Público. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2014.

[16] Allan R Brewer-Carías. *Historia de vida para los derechos humanos y la búsqueda de justicia en el caso Allan R Brewer-Carías vs Venezuela*. Conferencia. Universidad Anáhuac Mayab. Mérida. México. 12 de mayo de 2022.

[17] Allan R Brewer-Carías. *La garantía de los derechos de los administrados, limite a la arbitrariedad administrativa y codificación del procedimiento administrativo*. Conferencia. Universidad de Salamanca. 8 de junio de 2022.

[18] Allan R Brewer-Carías. *Derecho Administrativo*. Reedición. Cit. pg. 59. Véase igualmente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *Compendio de Derecho Administrativo.* Universidad Externado de Colombia. Tirant lo Blanch. 2023. Págs. 268 y ss.

[19] Allan R Brewer-Carías. *Control de Convencionalidad*. Marco conceptual, antecedentes, derecho de amparo y derecho administrativo. Ediciones Olejnik. Buenos Aires/Santiago de Chile/Madrid. 2019.

[20] Allan R Brewer-Carías. *Derecho Administrativo.* Reedición. Cit., págs. 61,125, 127 y 130 en concordancia con la séptima parte de la obra. También, *Control de Convencionalidad*. Marco conceptual. Cit; Allan R Brewer- Carias y otros. *Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013.

[21] Allan R Brewer-Carías. *Derecho Administrativo.* Redición. Cit. Véase la séptima parte.

mónico de normas, principios y valores fundantes del sistema, configura en su totalidad el ordenamiento jurídico, constituyéndose en punto central imperativo de integración y aplicación del mismo, en cuanto esté articulada convencionalmente" [22].

Ahora bien, la principalística del derecho público en el pensamiento del autor, es un producto doctrinal ampliamente trabajado por muchos año y decantado sustancialmente, deviene sin duda del perfeccionamiento conceptual en torno a la evolución de las instituciones europeas, en especial, las consolidadas a partir de su dialéctica constructiva de varios siglos del pensamiento jurídico inglés, y adicionalmente de las bases jurídicas y aportes al derecho público derivadas de las grandes revoluciones americana y europea.

Aportes del pensamiento jurídico inglés y de la revolución americana a la construcción de la principalística del derecho público.

Se destaca en trabajos anteriores determinantes de su pensamiento, la incidencia de estos fenómenos históricos en la construcción de nuestra disciplina al proponer una nueva visión del poder[23]. Ideas que ya se veían fuertemente delineadas en las obras de John Locke, JJ. Rousseau y Montesquieu al igual que la misma experiencia política inglesa que, ya desde la llamada gloriosa revolución de 1688 y 1689, habían logrado romper el absolutismo monárquico e implantar un régimen parlamentario de derecho, es decir, todo un verdadero Estado de derecho en donde el centro de la detentación del poder se había trasladado del monarca al Parlamento, siendo éste en consecuencia el soberano, del cual se desprendía la legalidad de la totalidad de la actividad pública y privada.

La idea de institucionalización del poder, con órganos representativos y electivos en un ámbito de independencia, logró consolidarse en la extraña combinación de historia inglesa, pensamiento revolucionario de los teóricos de la época y experiencia emanada de casi dos siglos de vida, sujetos a los principios de la cultura política inglesa.

Desde una perspectiva jurídico-política, la revolución norteamericana obtuvo su justificación en una profunda ruptura con el ***common law***, el cual se consideró que no era el único derecho posible. Existía un derecho superior que concedía derechos políticos, el cual no podía ser desconocido y al que las colonias acudían para perpetuar sus deseos de libertad e independencia. Este ***law of nature*** se reconoció como el fundamento de los derechos de las colonias.

Esta inclinación iusnaturalista se recoge en la Declaración de Independencia redactada por Jefferson y adoptada formalmente el 4 de julio de 1776. En ella el derecho natural y la invocación divina justifican el ejercicio de unos derechos connaturales a los hombres en sociedad que les permite adoptar decisiones políticas: *"que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuandoquiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho de reformarla o*

---

22 Allan R Brewer-Carías. *Derecho Administrativo.* Reedición. Cit. pp. 53 a 154. Entre otros principio destaca el autor: supremacía constitucional y de la aplicación directa de la Constitución; formación del derecho por grados y de la jerarquía de los actos estatales; legalidad y la supranacionalidad; distribución vertical del poder público; personalidad jurídica del Estado y las personas estatales; separación orgánica de poderes; ejercicio inter orgánico de las funciones del Estado; carácter interfuncional de los actos estatales; carácter inter orgánico de la Administración Pública; fines democráticos, sociales y de justicia del Estado (Estado democrático y social de derecho y de justicia); primacía y progresividad de los derechos constitucionales; responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos; y universalidad del control judicial de los actos estatales.

23 Allan R Brewer-Carías. *Reflexiones sobre la Revolución.* Cit.

abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes, en la forma que a su juicio ofrece las mayores posibilidades de alcanzar su seguridad y felicidad" [24].

Estos presupuestos obligaban al Estado a establecer los mecanismos institucionales necesarios para garantizar los objetivos del derecho natural. Inglaterra había roto estos postulados y desconocido los derechos de sus súbditos en tierras americanas, por lo que se justificaba la separación e independencia, y se necesitaba consolidar un nuevo Estado, unos nuevos principios organizativos y un nuevo derecho.

Objetivo que se logró con la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos de América en 1787, adicionada en 1789 con las famosas diez enmiendas, que permitieron por primera vez en la historia de la humanidad tener todo un cuerpo normativo superior, tanto orgánico, en cuanto a la distribución y organización del poder, institutor de órganos, funciones y servidores, como de carácter sustancial o material, al ser complementado con los derechos fundamentales del pueblo norteamericano[25].

El acervo de experiencias revolucionarias, en cuanto innovadoras en la institucionalización del poder –en consecuencia, en la generación de un Estado de derecho no monárquico, traducido y contenido formalmente en un texto escrito, al que se llamó Constitución–, influyó decididamente en el aceleramiento de la totalidad de los procesos revolucionarios europeos y americanos, bajo principios significativos y trascendentales para el nuevo derecho público que florecía con la misma, tenemos los siguientes:

Principio de la institucionalización del poder y del Estado de derecho. Este principio jurídico no es exclusivo de la revolución inglesa. Su caracterización teórica se desprende precisamente del orden y la jerarquización que del poder se hace en la Constitución norteamericana, aunada a la experiencia político institucional inglesa. Como postulado básico influyó necesariamente en el tratamiento que del poder se hizo en los textos constitucionales posteriores del mundo occidental[26].

El poder no es ya el ejercicio personal del soberano en el manejo del Estado, sino la acción de órganos y estructuras preestablecidos que cumplen los cometidos determinados en la Constitución y la ley, y a los cuales la persona simplemente les presta su colaboración interpretando los deseos del constituyente o legislador.

El hombre se sujeta para el ejercicio del poder público al orden determinado normativamente.

Esta idea, originaria del constitucionalismo inglés, es plasmada en la Constitución norteamericana al obligar a los agentes del Estado a realizar exclusivamente las atribuciones en ella establecidas. Bajo estos presupuestos la institucionalización del poder se relaciona inevitablemente con los otros principios enunciados, en especial con el del control de constitucionalidad. Precisamente, con este último guarda una estrecha dependencia en la medida que el sistema norteamericano desarrolla los mecanismos de mantenimiento de la institucionalización del poder mediante este, su típico control.

Principio de la Constitución escrita. Constituyó la respuesta congruente y necesaria a la institucionalización del poder y a la justificación del Estado de derecho, en cuanto se les otorgaba certeza y contenido objetivo a los postulados revolucionarios a través de una normatividad general. Fue, como señala *Allan R Brewer-Carías,* el medio más idóneo para

---

24 Allan R Brewer-Carías. *Reflexiones sobre la Revolución.* cit.

25 Allan R Brewer-Carías. *Reflexiones sobre la Revolución.* cit.

26 Allan R Brewer-Carías. *Reflexiones sobre la Revolución.* cit.

la confianza pública política, *"la confianza que ponen los hombres en el poder de las palabras formalmente escritas, para mantener un gobierno"*[27].

Como obra del ingenio político constituyó una construcción maravillosa y espectacular que le daba sustento y firmeza al Estado liberal y democrático de derecho. Sus características básicas, que influyeron directamente en el contenido del derecho administrativo de nuestros países, se pueden sintetizar en las siguientes: *naturaleza superior y general de la Constitución; especie de ley superior ordenadora total, y punto de referencia para cualquier actuación o decisión de los poderes públicos; en cuanto norma superior establece los "principios de sumisión" del Estado al derecho, las limitaciones del poder público; igualmente, regula todos los principios básicos referentes a los derechos fundamentales e individuales de los ciudadanos.*

Con estas características, el principio de legalidad de toda la actuación pública parte del mismo contenido normativo de la Constitución, razón que lleva a Alexis de Tocqueville a referirse a la Constitución de Estados Unidos en el sentido de que "la Constitución está sobre los legisladores como lo está sobre los simples ciudadanos. Es la primera de las leyes y no puede ser modificada por una ley; es, pues, justo que los tribunales obedezcan a la Constitución preferentemente a todas las leyes"[28].

Principios de la democracia y la soberanía popular. Los conceptos de democracia y soberanía popular logran posicionarse en el Estado independiente norteamericano como consecuencia del proceso revolucionario y su desarrollo constitucional. La gran mayoría de las constituciones modernas los han adoptado.

El principio de la democracia como gobierno del pueblo, en donde los intérpretes de la voluntad estatal en los niveles decisivos, es el producto de la voluntad popular que los ha escogido electivamente. Como consecuencia se sostiene la tesis del traslado de la soberanía de quien la detentaba (para el caso, el Parlamento inglés) al pueblo norteamericano. Estos principios, como conceptos básicos del derecho público, en cuanto al desarrollo efectivo de los mismos, constituyen base indiscutible del derecho administrativo moderno.

En concepto de Tocqueville, sostiene el autor, la democracia popular de Estados Unidos es la más auténtica de las conocidas: *"si hay algún país en el mundo en que se pueda apreciar en su justo valor el dogma de la soberanía del pueblo, estudiarla en su aplicación a los negocios jurídicos y juzgar sus ventajas y sus peligros, ese país es, sin duda, Norteamérica [...] Cada individuo constituye una parte igual de esa soberanía y participa igualmente en el gobierno del Estado [...] En Norteamérica el pueblo nombra a los que hacen la ley y a quien la ejecuta; él mismo forma el jurado que castiga las infracciones de*

---

27 Allan R Brewer-Carías. *Reflexiones sobre la Revolución.* cit.

28 Allan R Brewer-Carías. *Reflexiones sobre la Revolución.* cit. El autor cita a Tocqueville en razón de la inmediatez que este tuvo en el período de consolidación de la obra constituyente norteamericana. Y agrega que el origen de la Constitución escrita fue ante todo el ejercicio de la práctica de las colonias inglesas norteamericanas, "dando nacimiento al concepto normativo de Constitución, como un documento escrito y sistemático referido a la organización política de la sociedad, estableciendo los poderes de los diferentes cuerpos estatales y generalmente procediendo de una lista de derechos inherentes al hombre". Puede consultarse sobre los antecedentes de la Constitución norteamericana, Rolando Tamayo y Salmorán, *Introducción al estudio de la Constitución*, México, UNAM, 1986. En este estudio la evolución constitucional norteamericana se traslada al mismo constitucionalismo inglés, y se sostiene que la concepción de Constitución escrita y de supremacía constitucional provienen de las cartas de privilegio que los ingleses otorgaron a las colonias americanas: "estas cartas de las colonias inglesas de Norteamérica son de mucha importancia para conocer de qué manera el significado de Constitución estaba influido por las luchas y dogmas del constitucionalismo. No cabe duda de que la idea de leyes fundamentales que se encuentran por encima de los poderes gubernamentales es una noción que está constantemente implicada por las cartas coloniales. No era difícil pensar que las cartas eran constituciones o leyes fundamentales de la colonia" (p. 216).

la ley. No solamente las instituciones son democráticas en principio, sino también en todo su desarrollo. Así, el pueblo nombra directamente a sus representantes y los escoge cada año, a fin de tenerlos completamente bajo su dependencia. Es realmente el pueblo quien dirige, y aunque la forma de gobierno sea representativa, es evidente que las opiniones, los prejuicios, los intereses, aun las pasiones del pueblo no pueden encontrar obstáculos durables que le impidan producirse en la dirección cotidiana de la sociedad"[29].

Separación de poderes. La separación de poderes, como construcción teórica, emana igualmente del pensamiento político inglés. Son las explicaciones de John Locke, a propósito del gobierno inglés, las que exponen la teoría racionalizadora del poder como base para su ejercicio y la proscripción del absolutismo y la tiranía. Por tratarse, evidentemente, de un trabajo referido al orden político inglés, la separación de poderes se hace a partir del Parlamento como soberano, esto es, como depositario del poder. Las ideas de Locke, en esencia contractualistas y sociales, fundamentan sus básicas construcciones en torno a la consideración del hombre en sus relaciones sociales; las cuales las entendía, para que fueran legítimas en la conformación del Estado, ausentes de absolutismo[30].

El absolutismo atentaba contra los "derechos naturales" del hombre. Para estos efectos el poder debe estar limitado y la principal limitación se encuentra en la distribución de funciones, que impide su concentración en detrimento de los derechos de las personas (poder legislativo, poder ejecutivo, poder federativo). En estos términos el principio es retomado por los autores franceses y los teóricos revolucionarios norteamericanos, quienes le dieron vida en el texto constitucional, dividiendo el poder en las tres funciones ya conocidas de legislativo, ejecutivo y judicial. Con esta perspectiva, cualquier análisis sobre la función ejecutiva del Estado, como parte integrante del objeto del derecho administrativo, no puede prescindir de las construcciones inglesas y norteamericanas sobre la materia[31].

Control de constitucionalidad. El control de constitucionalidad, que emana indiscutiblemente de la ideología constitucional norteamericana, influye en el derecho administrativo moderno de manera decisiva y complementaria del clásico principio francés de la legalidad y del control de la legalidad. El mismo carácter de norma jurídica suprema que se le reconoce a la Constitución implica que se generen los mecanismos necesarios para la preservación de esa inmensa construcción y que no sea deteriorada con su incumplimiento o desconocimiento por parte de los poderes[32].

En Estados Unidos, sostiene Tamayo y Salmorán los desarrollos constitucionales tomaron unos rumbos diversos a los del derecho europeo. El Congreso de Estados Unidos no está concebido con la misma omnipotencia de los parlamentos. La soberanía parlamentaria impedía pensar que sus decisiones pudieran ser objeto de control alguno: "organizar un control de la constitucionalidad de las leyes hubiera sido tanto como admitir que el legislador podía faltar en su misión y que la *volonté générale*, de la cual él era órgano, sería susceptible de encontrar una censura". Sin embargo, esta tara no la padecía el Congreso estadounidense. Por esta razón, la Constitución de Estados Unidos siempre fue considerada como ley superior que sometía sus postulados a la totalidad de sus poderes.

---

29 Allan R Brewer-Carías. *Reflexiones sobre la Revolución*. cit. La cita de Tocqueville es tomada de este autor que la resalta para denotar su origen positivo en Estados constitucionales norteamericanos.

30 Allan R Brewer-Carías. *Reflexiones sobre la Revolución.* cit.

31 Michel Troper. *Montesquieu e la separazione dei poteri negli Stati Uniti*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1, junio de 1970, p. 71.

32 Allan R Brewer-Carías. *Reflexiones sobre la Revolución.* cit.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos reconoció desde 1803 esta característica y la existencia de controles para su preservación. En el famoso y renombrado caso *Marbury vs. Madison,* el juez Marshall, sostuvo precisamente que "la Constitución controla cualquier acto legislativo que se le oponga [...] Un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley [...] Una ley del Congreso que contradiga la Constitución debe considerarse inexistente [...] Los tribunales deben tener en cuenta la Constitución; la Constitución es superior a toda ley ordinaria del legislativo [...] La Constitución, y no dicha ley ordinaria, tiene que regir en aquellos casos en que ambas serían aplicables [...] Una ley contraria a la Constitución es nula y los tribunales están obligados por dicha Constitución"[33].

Derechos y libertades individuales. La declaración de derechos y libertades individuales encuentra importantes antecedentes no solo en las declaraciones coloniales norteamericanas, sino también en la historia política inglesa. La Carta Magna de 1215, la *Petition of Rights* de 1628, el *Instrument of Government* de 1653, el *Habeas Corpus Act* de 1679, el *Bill of Rights* de 1689, la *Declaration of Rights* de 1689 y las declaraciones de cada una de las colonias, constituyeron un acervo de derechos para los ciudadanos que ya era conocido y manejado por los revolucionarios y constituyentes norteamericanos, y que les permitió, en consecuencia, redactar un conjunto de enmiendas en las cuales se recoge la esencia de las mismas; este acervo constituye la sustancia misma del derecho administrativo moderno.

Sistema presidencial. Otro de los importantes aportes norteamericanos al derecho público lo constituye el establecimiento del novedoso sistema que ubica en la cabeza del poder ejecutivo a un presidente. Se trató de un sistema extraño para la experiencia política inglesa e incluso continental europea. El presidencialismo de gobierno nos deja ver un Ejecutivo fuerte al mando de un funcionario electo con poderes independientes de las intrigas y formulaciones del órgano representativo o poder legislativo. La experiencia norteamericana es especialmente extraña al sistema parlamentario[34].

En este sentido, su aporte al constitucionalismo colombiano y al derecho administrativo nacional es enorme. Como se observa, el desarrollo político e institucional de Estados Unidos influyó con sus postulados e innovaciones de manera decisiva y profunda en la vida del derecho público que se transformaba a finales del siglo XVIII. Directamente, como lo señala Allan R Brewer-Carías, significó el motivo impulsor de la caída de la monarquía absoluta francesa, que había sido su benefactora y financiadora.

La fuerza de los principios en juego fue más fuerte que las coyunturas políticas, que los monarcas franceses pensaron utilizar con la independencia de las colonias inglesas. Los principios indicados, de una u otra forma, fueron retomados por los franceses y adaptados a sus necesidades conceptuales. Por esta vía, también llegaron a nuestros ordenamientos positivos. De aquí la importancia de conocer previamente la evolución política e institucional de Norteamérica.

Aportes del pensamiento jurídico de la Revolución Francesa a la construcción de la principalística del derecho público.

Destaca el profesor Allan R Brewer-Carías, que dentro del proceso de desarrollo conceptual de la administración pública y del derecho administrativo, los aportes más importantes para su entendimiento contemporáneo nos los ofrecen la experiencia y los principios emanados de la Revolución Francesa, que motivaron no solo la transformación del derecho público que en alguna de mis obras he identificado como típico del bajo medievo y del absolutismo (derecho del príncipe y derecho de policía), sino igualmente las relaciones económicas, sociales y políticas de la Europa continental, e incluso de la misma Iberoamérica.

---

33 Rolando Tamayo y Salmorán. *Introducción*. cit., pp. 239 y ss. La cita del caso Marbury *vs.* Madison corresponde al caso 5.º US (I cranch) 137, 177-178 (1803).

34 Allan R Brewer-Carías. *Reflexiones sobre la Revolución.* cit.

El abandono del absolutismo y el traslado del poder y de la soberanía al pueblo o la Nación (según se trate de la revolución americana o francesa) significó el nacimiento de un nuevo tipo de Estado sujeto al derecho y regentado por este, en donde el poder no era más hegemonía de un solo hombre, sino privilegio de todos por igual. Los conceptos contractualistas, influidos por el iluminismo y el derecho natural, proporcionaron de esta manera un campo fértil para el crecimiento del derecho administrativo propiamente dicho[35].

Quizá la más importante influencia provenga de la experiencia inglesa a través de los trabajos de John Locke, que a su vez determinó el pensamiento de Rousseau y Montesquieu, por una parte, y por la otra del ejemplo directo, práctico y casi inmediato de la revolución americana, que, como anotábamos, formuló principios que fueron retomados por los revolucionarios franceses (tan solo 13 años separan la revolución americana de la francesa. La revolución se produce en 1789, con la asunción al poder por parte de la Asamblea nacional que somete al rey Luis XVI, adoptando la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y procediendo a organizar al Estado conforme a sus principios y necesidades).

Ahora bien, esta segunda influencia no es de recibo pacífico por algún sector de la doctrina, en especial por la francesa. Es famosa la polémica suscitada al respecto entre el jurista alemán George Jellinek y el francés Emile Boutmy, a principios del siglo XX, y originada por la tesis del primero en el sentido de la falta de originalidad de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano hecha por los franceses en 1789; aquel sostenía que se trataba de una reproducción de los contenidos de los *Bills of Rights* americanos, que tenían como fuente la tradición política inglesa y los acuerdos del siglo XVII entre el rey inglés y los primeros colonos americanos[36].

Para demostrar sus afirmaciones, Jellinek aporta un interesante cuadro sinóptico, por medio del cual demuestra que cada uno de los derechos de la Declaración de 1789 tiene sus correspondientes en otras declaraciones anteriores de las antiguas colonias americanas. La réplica francesa se sustenta en argumentos nacionalistas, en especial en la tesis de que los derechos americanos se habían formulado para ser invocados en los tribunales, y que los proclamados por los revolucionarios en 1789 se concibieron para la "enseñanza del mundo". *García de Enterría,* defensor conocido de la Revolución Francesa y de sus aportes jurídicos, acepta la tesis de la influencia americana en los trabajos jurídicos de los revolucionarios franceses. Sostiene que el influjo americano "no es, desde luego, discutible [...] Recordemos que entre 1778 y 1783 se habían publicado cuatro ediciones de un volumen que recopilaba y traducía, por iniciativa de Franklin, las *Constitutions des treize Etats-Unis de l'Amérique*, que está perfectamente probado que estuvo en las manos de los constituyentes más influyentes y que incluso fue citado con frecuencia durante el debate de la Declaración de 1789. El problema es estimar el grado de esa influencia".

Por otra parte, agrega García de Enterría, la primera iniciativa de una declaración de derechos por parte de la Asamblea constituyente partió de La Fayette, quien había participado en la revolución americana. Adicional a esta coincidencia histórica, Jefferson, redactor de la declaración americana, ostentaba en 1789 el cargo de embajador en París. De aquí que no resulte dificultoso afirmar los inevitables canales comunicantes entre ambas revoluciones; y, por lo tanto, la similitud de algunos de sus principios[37].

---

35 Allan R Brewer-Carías. Reflexiones sobre la Revolución, cit.

36 Allan R Brewer-Carías. *Reflexiones sobre la Revolución.* cit.

37 Eduardo García de Enterría. *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. Alianza Editorial. Madrid, 1994, p. 67.

Los principios básicos de la Revolución Francesa, que generaron transformaciones importantes en la doctrina iuspublicista, podemos sintetizarlos en los siguientes: soberanía nacional en contraposición a la soberanía absoluta del monarca, supremacía de la ley, principio de legalidad, idea de Constitución, división de poderes, supremacía de la administración, y declaración de derechos.

Soberanía nacional. Mientras la revolución americana proclamaba el principio de la soberanía popular, la francesa acuñó uno más abstracto e impersonal de soberanía nacional, en donde el defensor del poder y la soberanía no es ya más el rey absoluto, sino el ente universal e impersonal de la Nación, que comprendía por igual a todo el pueblo. En el concepto norteamericano el traslado de la soberanía se hace directamente al pueblo: al agregado de hombres norteamericanos. En la concepción francesa, la idea de pueblo se personifica en la Nación. En palabras de Berthelemy, "había una persona soberana que era el rey. Otra persona debía ser encontrada para oponérsele. Los hombres de la revolución encontraron esa persona soberana en una persona moral: la Nación. Le quitaron la corona al rey y la pusieron en cabeza de la Nación"[38].

En ambos casos, tanto en el concepto americano de soberanía popular como en el francés de soberanía nacional, se presenta un claro e indiscutible traslado de la soberanía o del poder de un depositario a otro. Un típico cambio de sujeto detentador del poder. Mientras en el bajo medievo el régimen fue calificado de absoluto por estar depositado el poder en la cabeza del monarca, en la nueva concepción de Estado su característica básica consistió en despojar al rey de la soberanía, despersonificándola y trasladándola a un ente superior y general, esto es, al pueblo o a la nación. La revolución liberal no cuestionó en sí mismos al poder o la soberanía, sino a quien los ostentaba; de aquí que la ruptura no se produzca con estos fenómenos, sino respecto de sus detentadores.

"El poder autoritario del monarca se traslada igualmente autoritario al pueblo o a la Nación". De esta forma se igualaban las relaciones de poder sin que ninguna clase pudiera ostentar privilegios al momento de las decisiones trascendentales o de cualquiera otra naturaleza al interior del Estado. Sin embargo, como lo anota Allan R Brewer, invocando a Sieyès, la revolución y su concepto de soberanía nacional no significó más que el triunfo y predominio de una clase: aquella que se encontraba circunscrita al tercer Estado, esto es, la burguesía, que gracias a su poder económico y al apoyo del pueblo logró imponerse[39].

Este principio fue recogido en el artículo 3.º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: "el origen de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo puede ejercer autoridad que no emane expresamente de ella". En la Declaración de 1793 el concepto de soberanía nacional fue desplazado por el de soberanía popular: "la soberanía reside en el pueblo. Ella es una e indivisible, imprescriptible e inalienable" (art. 25, de clara influencia de Rousseau). Posteriormente en la declaración que sirvió de fundamento a la Constitución de 1795, se hace caso omiso de esta discusión y se adopta el criterio del conjunto de ciudadanos que puede ser pueblo o nación: "la soberanía reside esencialmente en la universalidad de los ciudadanos. Ningún individuo, ninguna reunión parcial de ciudadanos puede atribuirse la soberanía"[40].

El concepto de soberanía nacional engendra otros también importantes como el de representación y el de legalidad. El primero, en cuanto el poder requiere de unos voceros para su ejercicio, así se trate de la soberanía popular o nacional; representación inicialmen-

---

38 Allan R Brewer-Carías. *Reflexiones sobre la Revolución*. cit., p. 186.

39 Ibid., p. 187.

40 Allan R Brewer-Carías. *Reflexiones sobre la Revolución.* cit.

te entendida como delegación hecha por el pueblo, la Nación, o la universalidad para el ejercicio del poder. El segundo, en cuanto significa la institucionalización del poder, cuyo ejercicio está sujeto a límites y a un orden que garantiza la libertad. El poder sólo puede ser ejercido en la medida en que el pueblo, la nación o la universalidad de ciudadanos lo han predispuesto y determinado.

Se impedía de esta manera la instauración de la arbitrariedad o el regreso al absolutismo. Se evitaba así mismo que un solo órgano concentrara la totalidad del poder. Para estos efectos, de este principio se generó otro de trascendencia e importancia indiscutible: el de la Constitución escrita como prueba del contenido de los postulados que el pueblo o la nación han establecido para el ejercicio del poder y la soberanía.

Supremacía de la ley, principio de legalidad, idea de Constitución. La supremacía de la ley, encauzada jurídicamente bajo el principio de legalidad, constituyó la conjugación de varios conceptos históricos que vinieron a servir de fundamento al ideal revolucionario del no obedecimiento a los dictados del rey, sino a los generales de la Nación. En la supremacía de la ley y en la presunción de su conocimiento se sustenta el principio de legalidad, el universo sobre el que se idean las estructuras de todo el pensamiento de Occidente desde el Renacimiento[41]; la Ilustración y sus deseos de generalización, y el derecho canónico con sus postulados en torno a la potestad normativa del Papa, pronto recobrada por los glosadores para el rey, y por los revolucionarios americanos y franceses para el pueblo o la nación soberana.

La articulación de todo este esplendoroso pensamiento es recogida en las obras de los teóricos de la revolución: Rousseau y Montesquieu. Este último centra precisamente su pensamiento en el ideal de que todo en la naturaleza está presidido de leyes que no son, precisamente, las arbitrarias del rey. En su *Espíritu de las leyes* sostiene precisamente que "las leyes en su más amplia significación son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas. En este sentido todos los seres tienen sus leyes [...] Hay, pues, una razón primigenia. Y las leyes son las relaciones que existen entre esa razón originaria y los distintos seres, así como las relaciones de los diversos seres entre sí [...] La ley, en general, es la razón humana en cuanto gobierna a todos los pueblos de la tierra, las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser más que los casos particulares a los que se aplica la razón humana".

Por esto, cada nación, según sus peculiaridades, tendrá las leyes que mejor le convengan. Ahora bien, el ideal para Montesquieu es que esas leyes se profieran por el mismo pueblo en democracia. Ya que, como lo indica Tierno Galván, para Montesquieu, "en los Estados despóticos, el déspota o los déspotas no toleran una estructura legal, segura y permanente que esté por encima de su voluntad. Fingen que existe esta estructura dando leyes que pueden alterar a su capricho"[42].

---

41 Ramon Martín Mateo. *La ignorancia de las leyes. Las actuales circunstancias*, en *RAP*, n.º 153, septiembre-diciembre de 2000. El principio de la presunción de conocimiento de las leyes y de que su ignorancia no sirve de excusa tiene evidente origen romano. En este ordenamiento, sin embargo, se hacía la diferencia entre *iuris et facti ignorantia* y *ignorantia iuris nocet*. "Se admitía la excusabilidad de hechos ajenos, pero no la de los propios ni la de los derechos que se tiene la obligación de conocer". El derecho español antiguo recogió el principio indicando que "Excusar non se puede ninguno de las penas de las leyes por decir que non sabe"; sin embargo, excepcionó de este postulado a "los caballeros que se ocupan de defender el territorio, de los menores, de los locos, de los mayores y de los aldeanos que labran la tierra". Como presunción de derecho *iuris de iuris* fue recogido el principio en el Código Civil francés de 1827, en el sentido de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa; lo anterior con base en el pensamiento enciclopedista.

42 Enrique Tierno Galván. *Introducción a Montesquieu. El espíritu de las leyes*. Filosofía Alianza Editorial. Madrid. 2012. p. XVII.

A estas ideas de Montesquieu habría que sumar el pensamiento de Rousseau, que le da el toque definitivo al concepto de ley como arma mortal frente al poder personal, arbitrario y absoluto del monarca. Rousseau se aparta del concepto de legislador personal emanado del pensamiento canónico, y postula el del legislador general en cabeza del pueblo, donde la ley no es más que la emanación de la "voluntad general", no pudiendo ser otra cosa. Al referirse al tema, indica precisamente que el cuerpo político emanado del pacto o contrato social adquiere su dinámica y voluntad en la ley. Ley que debe ser necesariamente el producto de la voluntad general de ese nuevo cuerpo político.

Al respecto indica que "cuando todo el pueblo decreta sobre sí mismo, sólo se considera a sí mismo, y si se establece entonces una relación es del objeto en su totalidad, considerado bajo un punto de vista, al objeto en su totalidad bajo otro punto de vista, sin ninguna división del todo. Por lo que la materia objeto de decreto es general, al igual que la voluntad que decreta. A este acto es a lo que yo llamo una ley. Cuando digo que el objeto de la ley es siempre general, considero a los súbditos en cuanto cuerpos, y a las acciones como abstractas, nunca a los hombres como individuos, ni a las acciones como particulares".

Las leyes en cuanto actos de la voluntad general, agrega, deben provenir del legislativo, y a ellas está sometido el príncipe, no debiendo ser injustas: "reuniendo la ley la universalidad de la voluntad y la del objeto, lo que un hombre cualquiera ordena como jefe no es en modo alguno una ley; lo que ordena el mismo soberano sobre un objeto particular no es tampoco una ley, sino un decreto; no es un acto de soberanía, sino de magistratura [...] Las leyes no son sino las condiciones de la asunción civil, y el pueblo, sometido a las leyes, debe ser su autor"[43].

En la necesidad de ley (Montesquieu), y de su carácter de voluntad general (Rousseau), los revolucionarios franceses montaron el ideal de gobierno para la nueva Francia: la del gobierno por y en virtud de las leyes. La ley producto de la voluntad general, esto es, del pueblo mismo, como único legitimado por su carácter de depositario de la soberanía, es lo único que puede orientar e instituir el poder y su ejercicio. No es aceptable ni de recibo la ley de un solo hombre que pretenda orientar y decidir sobre el colectivo. La primera reivindicación jurídica del nuevo derecho es la de que "el hombre no dependa del hombre, sino sólo de la ley impersonal". Solamente en la generalidad se puede garantizar la libertad y la igualdad y reafirmar la unidad y centralización del poder estatal. En estos términos la ley comienza a consolidarse como el principal mecanismo de la dinámica revolucionaria y del modelo de Estado montado sobre el principio del reino de la ley[44].

La revolución, escribe García de Enterría, destruyó la construcción según la cual el rey era un personaje superior y absoluto, e impuso el dogma de la ley como instrumento superior y absoluto de la voluntad general. En lugar del rey omnipotente, la revolución situó "la

43 J.J. Rousseau. *El contrato social*. Atalaya. Barcelona. 1993. p. 36.

44 Huysen Groet. *Philosophie de la Révolution française*, París, 1956, pp. 252 y 253. Citado por García de Enterría (*La Revolución*, cit., p. 22): "La ley en su estabilidad se opone a lo que la voluntad particular tiene de cambio, de aleatorio. De una parte, lo arbitrario, el capricho, los saltos de humor del despotismo; de otra parte, la ley estable y equitativa. La ley que cuida el interés general, que defiende el bien público contra los intereses versátiles y contradictorios de los particulares. En el lugar de la dominación del hombre se quiere poner a la ley. El hombre libre no puede obedecer a otro hombre, no puede someterse más que a la ley. Debe ser completamente distinto de todo poder, salvo de la ley. No hay ante la ley ninguna excepción, ningún privilegio. Todos deben ser iguales ante la ley. Ningún hombre debe depender de otro, pero todos están igualmente sometidos a la ley. Un ente colectivo únicamente regulado por la ley, excluyendo toda arbitrariedad personal. Es así como se concibe al Estado. Cada uno tendrá entonces la conciencia de ser libre porque no debe obedecer a ningún hombre y solamente a la ley. Cada uno tendrá entonces la conciencia de ser igual a cualquier otro hombre, porque esté como cualquier otro hombre sometido a la ley común".

idea de que el poder político es una auto disposición de la sociedad sobre sí misma, a través de la voluntad general surgida del pacto social, la cual se expresa por medio de la ley, una ley general e igualitaria, cuyo contenido viene a restituir la libertad del ciudadano y a articular la libertad de cada uno con la de los demás; a asegurar, pues, la coexistencia entre los derechos de todos, que son entre sí recíprocos e iguales". En lugar de hombres "revelados e inmaculados" como los soberanos, quien ahora manda es la ley, que es esencialmente el resultado de la voluntad general[45].

Ahora bien, como lo exponíamos al referirnos a la soberanía nacional, el principio de legalidad en la versión revolucionaria de la supremacía de la ley es sustancialmente una consecuencia de la soberanía nacional, en cuanto voluntad general emanada del pueblo o Nación. La ley determina el sendero para el ejercicio de los poderes públicos. Las autoridades se deben, a partir de la revolución, a la ley; y actúan dentro de los marcos y las limitaciones que esta determine. Se trata en consecuencia del alumbramiento de un régimen de legalidad, en donde la libertad de los ciudadanos se obtenía a través del ejercicio de la actividad pública, conforme a los postulados generales determinados por la voluntad general y contenidos en la ley.

En esto la influencia de Rousseau resulta significativa. En la práctica es el punto de partida de la institucionalización del poder. Indica precisamente este autor: "llamo, pues, república a todo Estado regido por leyes, bajo cualquier tipo de administración que pueda hallarse, porque entonces solamente gobierna el interés público"[46]. Esta concepción es recogida en la Declaración de 1789 en sus artículos 5.º, 6.º, 7.º y 8.º, que encierran en su conjunto la idea esencial de la legalidad del poder: de la legalización del ejercicio del poder. La sujeción permanente y cotidiana del poder a los mandatos de la ley, su adecuación para evitar cualquier abuso o desbordamiento[47].

En este sentido, aparecen dos conceptos complementarios y necesarios para la prescrita ley: los procedimientos y la competencia. El primero, en cuanto garante de la seguridad jurídica tanto para los ciudadanos como para el Estado; y el segundo, en cuanto delimita y atribuye a cada autoridad su campo de acción en el ejercicio concreto de las responsabilidades públicas.

Tratándose de las relaciones entre la legalidad y la constitucionalidad, el desarrollo de los postulados sobre la supremacía de la ley nos ofrece en el caso francés unas peculiaridades que tradicionalmente apartan a los continentales de la concepción norteamericana res-

---

45 Eduardo García de Enterría. *La lengua de los derechos. Cit.*; Véase *Revolución Francesa y administración contemporánea*, Madrid, Civitas, 1994. p. 125.

46 JJ. Rousseau. *El contrato social*, cit., p. 37.

47 Artículo 5º: "La ley no tiene el derecho de prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad. Todo lo que no esté prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser forzado a hacer lo que la ley no ordena".

Artículo 6º: "La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir personalmente, o por sus representantes, a su formación. La ley debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos son iguales ante ella y, por tanto, igualmente admisible a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos".

Artículo 7º: "Ningún hombre puede ser acusado, detenido o encarcelado más que en los casos determinados por la ley, y según las formas que están pre-escritas. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; pero cualquier ciudadano llamado o intimidado en virtud de la ley debe obedecer al instante: será culpable si se resiste a ello".

Artículo 8º: "La ley no debe establecer más que las penas estrictas y evidentemente necesarias y nadie podrá ser condenado más que en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada".

pecto de la supremacía de la Constitución Política. Si bien es cierto que tres constituciones francesas se expidieron en el período revolucionario (1791, 1793 y 1795), y que constan de una parte dogmática, donde se hace énfasis en la declaración de derechos de los ciudadanos, y otra parte instrumental, sobre la distribución del poder. Ahora bien, de estos textos se desprende la idea de la supremacía de la ley frente a la Constitución.

A la ley, en cuanto portadora de la voluntad general, se le considero, de mayor importancia frente al texto constitucional, lo cual llevó a que en los procesos interpretativos se dieran serias discrepancias sobre la teoría de la supremacía de la Constitución y, en consecuencia, la negación de su control al estilo norteamericano.

Los postulados de supremacía se desvanecían en Francia ante la contundencia y dinámica del carácter que la legalidad había adquirido, gracias a la teoría de Rousseau. Si bien es cierto que la declaración francesa pretendió tener un valor supralegal, esto es, de límite al ejercicio de los poderes, entre ellos el legislativo, al establecer que una de las finalidades de su promulgación era "que los actos del poder legislativo [...] puedan ser comparados en cada instante con el fin de toda institución política", por otra parte, y que, en complemento de lo anterior, la Constitución de 1791 expresamente estableció su supremacía al indicar que "el poder legislativo no podrá hacer ninguna ley que produzca agravio o ponga obstáculo al ejercicio de los derechos naturales y civiles consignados en el presente título I", lo cierto es que el predominio de la voluntad general hizo que se olvidara (arrumbara, indica García de Enterría) durante muchos años la supremacía constitucional en Francia. Hasta 1971, y eso en un proceso que se inicia con la Constitución de 1958, se admitió por el Consejo Constitucional el control de constitucionalidad de las leyes. En estos aspectos la Constitución norteamericana y sus interpretaciones se adelantaron al constitucionalismo francés.

Esta postura interpretativa revolucionaria descansa en el concepto de voluntad general, que se constituye con sus manifestaciones (ley) en el centro del sistema mismo. La ley, como tal, no solo articula derechos, sino que también se constituye en el instrumento idóneo a través del cual se impone el único poder legítimo de la sociedad política. De esta forma, ante el evidente antagonismo entre Constitución y ley, la voluntad general impone la segunda, convirtiéndose en el punto de referencia efectivo para la determinación del principio de legalidad. (El carácter de supremacía de la Constitución es de claro origen norteamericano, tal y como lo expusimos anteriormente).

División de poderes, supremacía de la administración. La concepción francesa de la división de poderes difiere sustancialmente de la predicada por la doctrina –fuente de los revolucionarios franceses–. No obstante ser admitida y constituir postulado básico de la revolución, en su dinámica rompe los dogmas teóricos y se adecua a las necesidades de una revolución que necesitaba consolidarse y que se ve abocada al fortalecimiento y la concentración del poder ejecutivo a través de la administración. En la revolución y Constitución norteamericanas, según Tropper, el concepto de división de poderes acogió la tridivisión, pero no lo hizo dentro de un campo de separación total, sino de colaboración, en donde el poder controlaba al poder; una especie de balanza en el ejercicio de la soberanía, de pesos y contrapesos, o, como el mismo estudioso los llama, de *checks and balances*.

En la concepción norteamericana, la separación de poderes constituye un principio flexible, que busca ante todo evitar el despotismo en el ejercicio del poder. De esta interpretación en la práctica resultan, conjugándose, dos postulados: el de la separación de poderes y el del equilibrio de los poderes (*bilanciamento dei poteri*), que hacen dinámico el esquema de su funcionamiento y evitan el surgimiento del despotismo en la medida que cada poder, dentro del ámbito de sus competencias, ejerce la vigilancia necesaria de los otros poderes, en un sistema de pesos y contrapesos[48].

---

48 Troper. *Montesquieu,* cit.

Esta concepción americana, calificada de flexible, se contrapone a la rígida desarrollada por lo europeos. No obstante, el problema central de la discusión no recae en el campo teórico, del cual bien puede llegarse a la misma conclusión de Tropper, esto es, que tras la división de poderes se esconde un substrato de mayor entidad, cual es la lucha contra el despotismo y la tiranía, la búsqueda incansable de la libertad.

Lo que Troper llama división flexible del poder se puede deducir del pensamiento de Montesquieu, Rousseau o Locke. Otra cosa es que algún sector doctrinal analice el problema de la separación de poderes simplemente desde la perspectiva estructural, esto es, de la simple existencia de poderes (tridivisión, por ejemplo), caso en el cual se trataría de una visión rígida y sin espíritu que no es la planteada en este estudio.

Precisamente, si nos aproximamos a los teóricos básicos de la revolución encontramos coincidencias sorprendentes entre ellos: por una parte, entienden la existencia de tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial (Montesquieu y Rousseau); Locke, aunque difiere en el número de poderes, sustancialmente no se aparta de lo que con posterioridad sería la tridivisión (su pensamiento sirvió de fundamento a los trabajos posteriores de Montesquieu, el cual, como señala García de Enterría, siguió de cerca la obra de Locke).

Sostiene Locke la existencia de cuatro poderes: el legislativo, respecto del cual los otros poderes deben estar subordinados; el ejecutivo, que implica la ejecución de las leyes internas de la sociedad; el federativo, que corresponde al ejercicio de la guerra y las relaciones del Estado; y el de juzgar, del cual no se hacía mención especial porque se entendía inherente al Estado. En la práctica las cuatro funciones de la obra de Locke se pueden reducir a tres: la legislativa; la ejecutiva, que comprendería la federativa, porque siempre deben estar en cabeza de la misma persona; y la judicial; todos dentro de los conceptos genéricos de ley, tribunales y coacción.

Montesquieu no se aparta de este esquema. Es más, lo reproduce en su típica tridivisión, incluyendo en el poder ejecutivo el llamado poder federativo de Locke. El pensamiento de Rousseau milita en el mismo sentido, aunque con fundamento en su teoría de la voluntad general predica la supeditación de todos los poderes al poder legislativo, en donde el ejecutivo sería un simple ejecutor de la ley. De aquí que al preguntarse qué es un gobierno responda que es "un cuerpo intermedio establecido entre los súbditos y el soberano para su mutua correspondencia, encargado de la ejecución de las leyes y del mantenimiento de la libertad, tanto civil como política"[49].

Esta modesta construcción de un legislativo depositario de la voluntad general, y un ejecutivo simple ejecutor de la ley con la fuerza necesaria para imponer el orden, haciendo respetar la voluntad del legislador y de los jueces y asegurando la independencia exterior, fue la que recibieron en teoría los revolucionarios franceses y que se vieron en la necesidad de alterar por obvias razones de coyuntura política. La división de poderes así planteada desconocía por completo los adelantos que había logrado la administración como tal.

Aunque parezca paradójico, el pensamiento teórico e idealista de la división de poderes, en donde el ejecutivo ocupaba un segundo lugar, fue roto por la misma revolución, en un momento al que García de Enterría califica como de verdadera "disidencia revolucionaria". El rompimiento del esquema se produce precisamente por el lado del poder ejecutivo, al cual la teoría no pudo contener como heredero directo de la administración del *ancien régime*. Sin embargo, el rumbo que en Francia los revolucionarios le imprimieron al concepto de la división de poderes, rompiendo la ortodoxia de las tesis expuestas, obedece a razones propias que hacían inevitable la idea de libertad del ejecutivo respecto de los otros poderes, en especial del poder judicial.

---

[49] J.J. Rousseau. *El contrato social*. cit., p. 56.

Libertad fundada en el recelo frente a los antiguos parlamentos judiciales, que constituían reductos de la nobleza dispuesta a defender sus intereses. Los revolucionarios no podían aceptar que en dichos cuerpos fueran a quedar controles que impidieran sus propósitos, sobre todo si, con fundamento en el pensamiento de Montesquieu, los parlamentos debían ser cuerpos independientes investidos del poder de defensa de la Constitución o de leyes fundamentales, y guardianes y defensores del sagrado depósito de las leyes. Funciones que habían comenzado a ejercer durante la última parte del *ancien régime* y que, como se recordará, significaron prácticamente el detonante de la revolución ante el entorpecimiento constante de la actividad del Estado por parte de los jueces[50].

La experiencia en el comportamiento de los parlamentos motivó a los revolucionarios a tomar necesarias precauciones frente al poder judicial. Como lo anota García de Enterría, "los revolucionarios decidieron, por eso, que la idea de la división de los poderes debía articularse de tal forma que evitase el riesgo notorio, tanto de una prevalencia política del estamento nobiliario, identificado de hecho en su conciencia con los parlamentos judiciales, como de un condicionamiento sustancial por parte de los jueces a las posibilidades de conformación revolucionaria que se abrían al poder central una vez en sus manos".

De esta forma se justifica la disidencia de los principios teóricos, en especial al pensamiento de Montesquieu, y se logra fundar los principios de una supremacía del poder ejecutivo, desde los inicios mismos de la revolución, y que se materializaron en la Ley 16 del 24 de agosto de 1790, que estableció la independencia definitiva entre el ejecutivo y el judicial, prohibiendo expresamente a los jueces inmiscuirse en los asuntos del poder ejecutivo e incluso estableciendo penas para quienes lo intentaran: "las funciones judiciales son distintas y permanecen siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, so pena de prevaricato, perturbar, de modo alguno, las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administradores en razón de sus funciones".

El Código Penal de 1791 tipificó estas conductas como delito. Delito que posteriormente fue recogido en la Constitución de 1791 y consolidado en la napoleónica del año VIII. Estos hechos son considerados por la doctrina como los determinantes del nacimiento de la concepción continental o de régimen administrativo, que habría de influir profundamente en la justicia administrativa continental[51].

---

50 Los parlamentos constituían órganos que ejercían justicia por delegación del rey. Existieron doce en toda Francia, repartidos en su territorio, a los cuales se les había encomendado la guardia de las leyes fundamentales del reino. Administraban justicia en última instancia en nombre del rey. Es recordado el Parlamento de París, el cual tuvo papel decisivo en el proceso revolucionario al ejercer sus derechos de inscripción y rechazo de los edictos reales, mecanismo por el cual se hacía posible la eficacia de los actos del rey. Se trataba de una parte del mecanismo de elaboración de disposiciones generales del reino, el cual se puede sintetizar de la siguiente manera: antes de procederse a la ejecución de un edicto real, el Parlamento lo discutía previamente para luego registrarlo y darle eficacia.

51 Eduardo García de Enterría. *Revolución Francesa*. cit., p. 46: "la experiencia de los parlamentos había revelado con absoluta claridad que la estructura del poder que ellos postulaban de un predominio del poder judicial era inevitable; hubiese implicado [...] la imposibilidad absoluta de gobernar; la acción de estos cuerpos hubiera sido [...] no solo poderosa sino irresistible absolutamente, pues a diferencia de lo que hubiera correspondido hacer con una gran asamblea, no se les hubiera podido ni restringir, ni ganar, ni disolver. Este riesgo era especialmente valorado por los revolucionarios una vez que el poder central era suyo. En el dictamen de la asamblea de donde salió la ley de separación [...] se hace la concesión de reconocer la doctrina de Montesquieu sobre la función de los parlamentos como contrapesos del poder. La nación no ha olvidado lo que se debe a los parlamentos; ellos solos han resistido la tiranía; ellos solos han defendido los derechos de la nación". Se añade seguidamente: "se les debe reconocimiento; pero no es de reconocimiento de lo que hay que ocuparse para regenerar un imperio [...] Nuestra magistratura estaba justamente constituida para resistir el despotismo, pero este ya no existía desde ahora. Esta forma no es, pues, necesaria. El texto es decisivo, y en virtud de él no puede ser más explícita la intención de los revolucionarios de liberar el poder central, una vez en sus manos, de los condicionamientos judiciales" (p. 48).

En cuanto a la independencia del poder ejecutivo respecto del poder legislativo, esta se formula, aunque no en la misma intensidad de lo expuesto respecto del poder judicial. La separación se postula en cuanto a la potestad reglamentaria. Partiendo del postulado teórico según el cual la función primordial del ejecutivo consistía en la ejecución de la ley, se justifica inicialmente que su cumplimiento proceda mediante reglamentos ejecutivos.

Así se reconoce en la Constitución de 1791, pero solo la Constitución napoleónica del año VIII lo plasma de modo contundente: "el gobierno propone las leyes y dicta los reglamentos necesarios para asegurar su ejecución". Esta idea, como se puede observar, resulta rigurosamente contraria a la ortodoxia teórica revolucionaria de la división de poderes; sin embargo, constituyó la salida práctica no solo a la ejecución simple de la ley, sino al inmenso cúmulo de responsabilidades que se trasladaban al poder ejecutivo con ocasión de la revolución.

Es, precisamente, la tarea revolucionaria de transformación de las estructuras sociales y políticas del Estado la que implicó "configurar un poder capaz de asumir estas responsabilidades que desbordaban la experiencia misma del Estado y requerían de un órgano que les diera continuidad, activo y permanente; estas características solo las podía reunir la administración o poder ejecutivo. Así lo entendieron los revolucionarios franceses; de aquí que el Ejecutivo no se limitó a ejecutar las leyes y expedir simples reglamentos, sino que se tornó decisivo para el impulso de los postulados revolucionarios". La fuerza del mito revolucionario ocultaba un hecho decisivo: que la nueva estructura social, que la revolución establecida, venía a postular inexorablemente un poder administrativo fuerte y universal como no se había conocido en el antiguo régimen.

La centralización del poder marcaba la pauta general; y la desconcentración funcional, uno de sus más importantes mecanismos de proyección en la totalidad del territorio. "Todos los poderes parecen correr por sí mismos hacia el centro; se acumulan unos a otros con una rapidez sorprendente y el Estado alcanza de golpe los extremos límites de su fuerza". Estas frases de Tocqueville señalan el ambiente de acumulación acelerada del poder en la administración, en un proceso centralizador sin precedentes que el mismo tratadista justifica como sustentado en el principio de igualdad: "Todo poder central [...] ama la igualdad y la favorece".

Según esta concepción que vincula centralización con igualdad, no fueron solo razones de fuerza y de enfrentamiento al cúmulo de responsabilidades las que llevaron al Estado a centralizarse, sino el simple cumplimiento del postulado de la igualdad, que implica una acción decidida del Estado con el fin de terminar con los privilegios que aún subsistían, creando excepciones en favor de personas y corporaciones. De esta forma, como lo explica García de Enterría, "el principio de igualdad como constitutivo social implica rigurosamente una concentración del poder, una centralización de todas las desigualdades en la instancia superior del Estado"[52].

Este proceso centralizador se consolida definitivamente con la obra política y jurídica de Napoleón, que encauza la centralización y le otorga un riguroso y jerárquico orden en derecho, que permite considerarlo como la fuente de la moderna administración pública centralizada, y al régimen jurídico consecuente, como el paso del derecho de policía a un derecho de la administración pública o derecho administrativo (términos estos acuñados por la misma revolución); esta centralización implicó un reordenamiento, tanto del poder central como de los niveles territorial y local.

---

52 Ibid.., pp. 51 a 61.

El nuevo orden administrativo, que el mismo Napoleón calificó como destinado a transformar el "turbión revolucionario" en un mecanismo regular, partió de su muy íntima convicción, según la cual "deliberar es tarea de muchos; actuar, de uno solo"; a la cual le son inherentes los principios de jerarquía y de ejecución encadenadas, que "partiendo del ministro desciende, sin interrupción, hasta el magistrado y que trasmite las órdenes del gobierno hasta las últimas ramificaciones del orden social con la rapidez del fluido eléctrico". Este sistema será desarrollado en la ley del 28 de pluvioso del año VIII (17 de febrero de 1800). El período de más alta centralización se vive en Francia bajo el dominio de Napoleón.

El esquema territorial también fue objeto de la obra napoleónica. Sus aportes los resume Vandelli de la siguiente manera: "a. Generalización y uniformidad del régimen municipal; b. Creación de un municipio por cada núcleo de población; c. Carácter electivo de las administraciones locales; d. Bipartición de las funciones asignadas a los municipios, distinguiendo entre funciones propias y funciones estatales delegadas; e. Establecimiento de departamentos, también confinados como principal circunscripción desconcentrada de la administración estatal; f. Instauración de un prefecto en esta circunscripción, representante del gobierno central, y dotado de intensos poderes de dirección y control; g. Sometimiento a tutela de los órganos y actos de la administración local"[53].

Declaración de derechos. Sin entrar a mediar en la discusión de la autenticidad o no de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, sancionada por la Asamblea nacional francesa el 26 de agosto de 1789, lo cierto es que ella correspondió al influjo de circunstancias, entre ellas su carácter iusnaturalista que hacía de la declaración no un otorgamiento de derechos a la usanza medieval, sino un reconocimiento de derechos inherentes a la misma naturaleza humana, que debían ser manifestados antes de procederse a la organización del poder político.

Innegable resulta en la misma medida la influencia de la experiencia anglosajona sobre los derechos de los hombres, y en especial las cartas de derechos o *Bills of Rights*, otorgadas a las colonias americanas por el rey inglés. Influyó también de manera decisiva el pensamiento político de teóricos como Montesquieu, Rousseau y Locke; pero fundamentalmente, en la versión francesa de la declaración de derechos, lo que primordialmente se tiene en cuenta no es la necesidad de incorporar un texto de derechos para el pueblo francés, sino de establecer unos preceptos generales en materia de derechos para la humanidad.

Solo en el reconocimiento de estos derechos se logra la igualdad y la libertad, se combate la corrupción y la tiranía, y se evitan las desgracias públicas de gobiernos despóticos, que en parte corresponden a la ignorancia, el olvido y no respeto de los derechos del hombre. De aquí que la declaración califique a su contenido de "derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, que existen porque el hombre existe, en la medida que le son inherentes".

Ahora bien, si le son inherentes al hombre y corresponden a su condición de ser humano, ¿por qué la necesidad de una declaración que los contenga? La explicación emana del mismo texto histórico de influencia racionalista que encontraba en la norma positiva la seguridad jurídica necesaria y la garantía de respeto no solo al hombre, sino también a las instituciones. Es la misma concepción que llevó a establecer una Constitución escrita.

---

[53] Luciano Vandelli. *El poder local, su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*, Madrid, MAP, 1992, p. 33.

Es más, la declaración de derechos se vincula al concepto mismo de Constitución, engrosando su contenido dogmático; por lo tanto, constituyendo normas superiores y determinadoras del ejercicio de los poderes y de las relaciones humanas. De este contexto jurídico se desprende la naturaleza jurídica de estos derechos como "derechos subjetivos", reconocidos en el "derecho objetivo". El concepto de derecho subjetivo pasa a convertirse en el gran instrumento revolucionario no solo del derecho privado, sino también del público, en la medida que les otorga explicación a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El derecho subjetivo, entendido como la facultad o poder de un sujeto frente a otros, facultad y poder tutelados por el ordenamiento jurídico y garantizados a través del aparato coercitivo del Estado, significa para el derecho una de sus conquistas más importantes en la medida que libera al individuo, admitiendo la existencia de "derechos innatos", que deben ser protegidos y respetados si se quiere su libertad. Este concepto será la base indiscutible de las declaraciones de derechos de finales del siglo XVIII, en especial la francesa, que la generalizó como postulado universal de la humanidad.

Sobre la base jurídica de los derechos subjetivos, que comenzó siendo una simple técnica jurídica, destaca García de Enterría, se edifican los derechos humanos e incluso el nuevo orden social y político. Esta idea es recogida en el artículo 2.º de la declaración francesa al indicar que "el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión".

La relación entre derecho subjetivo, que recoge los derechos inherentes al hombre, y derecho positivo, esto es, la norma que los traduce al orden vigente es clara en las declaraciones americana y francesa. Esa vinculación estrecha entre norma objetiva y derecho subjetivo es palpable en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: "lo peculiar es que esa soldadura [...] entre derecho subjetivo y norma se resuelve aquí en soldadura entre derecho subjetivo y ley, precisamente. Esta es, justamente, la gran novedad de la declaración francesa respecto de las declaraciones americanas, lo que destruye en su punto central, aunque sea supuestamente técnico, la vieja tesis de Jellinek sobre la absoluta predeterminación de aquella por estas"; y, es más, esa concepción de vinculación de derechos subjetivos a la ley no sólo denota el carácter de los derechos en el derecho público, sino también en el derecho privado[54].

El impacto de la principalística en la construcción del derecho administrativo según Allan R Brewer-Carías.

El Estado constitucional surgido de la institucionalización del poder y de la ruptura absolutista se desarrolló en Europa no de manera lineal, ni con la misma intensidad en cada una de sus naciones. Constituyó un proceso salteado que sólo se puede generalizar y caracterizar prácticamente ya entrado el siglo XIX, cuando la mayoría de los países habían pasado por la experiencia de encauzar el poder y la soberanía según los dictados de la Constitución y la ley.

En su versión original el Estado constitucional adoptó una modalidad de Estado de derecho en el que su intervención no era notable, situación que se modificó históricamente ante el creciente surgimiento de dificultades sociales, que obligaron al Estado a convertirse en interventor y director de procesos, regulador de la vida pública y privada (Estado de bienestar), y más recientemente, actor decidido en la gestión social del hombre y la comunidad (Estado social de derecho).

---

54 Eduardo García de Enterría. *La lengua*, cit. pp. 47 a 96.

Bajo estas consideraciones tenemos entonces en la reedición revisada de la obra, que los principios propuestos no son otra que la consolidación de toda una línea decantada del constitucionalismo moderno que el autor ha venido soportando sus consideraciones en todo al derecho administrativo a la idea sustancial al mismo de que la Constitución soportada e impulsada en sus principios fundantes posee en consecuencia fuerza jurídica suficiente y por lo tanto carácter normativo indiscutible que embarga materialmente al subsistema del derecho administrativo, determinándolo en relación con su contenido y finalidades[55], sin ellos, los principios, sería imposible concebir la disciplina en su esencia democrática y vinculada al núcleo duro del Estado de derecho en donde la Constitución Política resulta esencial como norma suprema de aplicación inmediata y de sumisión al respeto y prevalencia de los derechos humanos.

Así las cosas, el derecho administrativo surge y se explica bajo la concepción jurídica de Allan R Brewer-Carías, conforme al postulado de la *"supremacía constitucional y de la aplicación directa de la Constitución"*, el cual, hace posible concebirlo en el marco de la institucionalidad: *"(...) El primero de los principios del derecho público establecidos en la Constitución (...) siguiendo los principios fundamentales de la organización del Estado esenciales al constitucionalismo moderno, es el de la supremacía constitucional que precisa que "La Constitución es la norma suprema y el fundamento el ordenamiento jurídico", a la cual quedan sujetos "todas las personas y los órganos que ejercen el poder público" (...) constituyendo, además, como uno de los deberes constitucionales de los ciudadanos y funcionarios, el "cumplir y acatar" la Constitución (...)"*[56]

Se retoma en consecuencia para toda consideración jurídica del derecho administrativo, el del constitucionalismo inspirador de la Constitución como *"norma suprema"*, que soportada en principios y valores se configura como punto inicial básico o supremo de construcción, interpretación y aplicación de la totalidad del ordenamiento jurídico[57].

Adentrándonos en el pensamiento del autor, esta supremacía, en la pretensión de ser completa y verdaderamente integradora del sistema del ordenamiento jurídico, implica su análisis desde dos perspectivas complementarias: la formal, que nos señala el texto constitucional como punto supremo de imputación y unos niveles inferiores o grados jerárquicos de producción normativa de manera tal que en cada uno de ellos se identifica un escalón en la cadena normativa del sistema[58].

Y por otra parte el material, sustancial o de contenido, que nos enseña que la supremacía constitucional no se agota exclusivamente en la existencia de una pirámide de integración del sistema jurídico, sino que va más allá, contiene, o por lo menos permite determinar los principios y valores en los cuales se inspira y sustenta: la Constitución determina el contenido de las normas producidas en los niveles inferiores. Mientras la supremacía formal indica un condicionamiento externo, el material nos ubica en las entrañas mismas de la norma en su espíritu, de su contenido dogmático. De esa forma el elemento material condiciona los procesos interpretativos, integradores y de su aplicación a la construcción sustantiva del derecho administrativo[59].

---

55 Eduardo García de Enterría. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 50 a 55; cfr. también Roberto Blanco Valdés. *El valor de la Constitución*, Alianza Editorial, 2006.

56 Allan R Brewer-Carías. *Derecho Administrativo.* Reedición ampliada. Cit, p. 55.

57 Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *Compendio de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia. Tirant lo Blanch. 2023. p. 268 y ss.

58 Allan R Brewer-Carías. *Derecho Administrativo.* Reedición. Cit., p. 55 y 56.

59 Eduardo García de Enterría. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid. Civitas. 1998. p. 39 a 59; Luciano Parejo Alfonso, Jiménez Blanco y Ortega Álvarez. Manual de derecho administrativo, Madrid. Ariel. 1994 Manual de derecho administrativo. p. 106 a 109.

Esta visión jurídica influye definitivamente en el contenido material de las actuaciones administrativas, las decisiones de las autoridades administrativas y por lo tanto, de su derecho el administrativo, en la medida en que la Constitución, sin la necesaria inmediación de la ley, les introduce dinámica, y les coloca como determinantes sus principales y valores fundantes., lo que convierte a la disciplina en un escenario natural y obvio de la dogmática constitucional y no de la simple legalidad. Como lo señala Luciano Parejo Alfonso, la legalidad de la administración, esto es, su vinculación a una norma superior no excluye su vinculación *"aún más fuerte"* a la Constitución; de ahí que siempre la administración deba adecuar sus decisiones y actuaciones a la misma Constitución[60]

De esa postura prácticamente rectora de la actividad administrativa que adquiere la Constitución frente a la administración pública se puede deducir el papel determinante que para el derecho de la administración adquiere directamente la Constitución; papel no solo formal sino sustancial de allí que no acercamos la obra de ***Allan R Brewer-Carías*** a las ideas formalistas de ***Otto Mayer,*** resumidas en su famosa frase de que el *"derecho constitucional pasa mientras el derecho administrativo permanece*", y la arrimemos, más bien, a la idea del *"derecho administrativo como un derecho constitucional concretizado"* inscrita en la historia de la doctrina del derecho público desde la intimidades de la ***Ley Fundamental de Bonn*** por el presidente del Tribunal Administrativo Federal Alemán profesor ***Fritz Werner***[61].

II

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ORGÁNICA Y FUNCIONALMENTE DEMOCRÁTICA SUJETA FORMAL Y SUSTANCIALMENTE AL DERECHO ADMINISTRATIVO CONSTRUIDO Y SOPORTADO EN LOS PRINCIPIO Y VALORES DEL ORDEN CONSTITUCIONAL

El segundo eje de la obra gravita, como consecuencia inevitable del primero, en torno a un derecho administrativo sumido en la ideología del ***Estado constitucional,*** esto es, un derecho fundamentalmente constitucionalizado rector de la administración pública en el Estado democrático de derecho en toda su plenitud y que garantiza la presencia institucional y activa del Estado en el cumplimiento y satisfacción de sus obligaciones y compromisos derivados de su carácter de Estado social, protector y garante, adicionalmente de las libertades económicas y empresariales, responsable directo del cumplimiento y satisfacción plena de los derechos humanos en los términos y condiciones dispuestas por la Constitución, la ley y los tratados internacionales en la materia. ***(Parte Primera a Sexta)***

Advierte el autor que el derecho administrativo es un instrumento del ordenamiento jurídico *"profundamente constitucionalizado".* La Constitución Política constituye su principal fuente y motor para su dinámica permanente y constante[62]. Entre derecho administra-

---

[60] Luciano Parejo Alfonso , Jiménez Blanco y Ortega Álvarez. *Manual de derecho administrativo*. p. 109 a 113.

[61] Martin Ibler. *Pasado y presente de la relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo en Alemania*. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Furió Ceriol No. 50/51. 2005. p. 5-22.

[62] Allan R Brewer-Carías. *Derecho Administrativo*. Reedición ampliada. *Cit," (...)* Pero, por supuesto, al regular al Estado, el derecho administrativo se presenta siempre como un derecho dinámico, en constante evolución, como consecuencia directa de los constantes cambios que se operan en el fenómeno social y político de cada sociedad; la cual, como lo ha dicho Alejandro Nieto "se expresa en un determinado derecho [pues] las transformaciones sociales arrastran inevitablemente una alteración de la superestructura jurídica" En otras palabras, "el derecho administrativo se asienta sobre bases que están en constante evolución y que reflejan los condicionamientos políticos y sociales vigentes en un momento dado"; por lo que puede decirse que el dere-

tivo y el derecho constitucional existe una permanente armonización y si se quiere una existencia articulada. *"(...) Ambas ramas del derecho son, ante todo y a la vez, tanto derechos estatales como derechos reguladores de las personas (...) son ordenamientos que tienen por objeto regular tanto la organización y actuación del Estado como el ejercicio de los derechos por las personas (...)"*. Agrega el profesor Allan R Brewer-Carías que "*(...) además de ser un derecho de las personas, el derecho administrativo es un derecho estatal, en el sentido de que además de emanar del Estado, está destinado a regular una parte esencial de la organización y de la actividad del mismo (...)"*.

Esto es, para el autor el derecho administrativo se desenvuelve básicamente bajo consideraciones constitucionales, respondiendo así, a lo que en el panorama jurídico contemporáneo constituyen los elementos fundamentales de nuestra disciplina o bases del mismo: *"en primer lugar, el Estado de derecho y la legalidad* (Estado de derecho*); en segundo lugar, los condicionamientos democráticos y sociales de ese Estado* (Estado social y democrático de derecho)*; y en tercer lugar, el equilibrio que tiene que existir entre las prerrogativas y poderes del Estado y los derechos y garantías de los ciudadanos* (Dignidad humana y ejercicio del poder)", los cuales, a su vez, son portadores de principios y valores que orientan y determinan la acción de los poderes públicos y de las relaciones entre el Estado y los asociados. Todos esos contenidos son parte indiscutible de la Constitución sustancial, que es, a no dudarlo, la columna conductora de todo el universo del derecho administrativo.

Bajo estas consideraciones el derecho administrativo en el Estado constitucional adquiere identidad, soportado precisamente en las ideas fundantes del Estado de derecho o de sujeción del Estado plenamente al ordenamiento jurídico; Estado democrático como *una forma de convivir en institucionalidad bajo la cultura de los límites al ejercicio del poder y el consecuente respeto a los derechos"*[63], y en la compleja figura de lo social con efectos jurídicos, esto es, en la idea de Estado social determinante de la acción propia de los sujetos y órganos administrativo[64].

En cuanto al concepto de Estado democrático en el derecho administrativo, el planteamiento de Allan R Brewer-Carías, no admite complejidades, es claro y directo, *"...la democracia como régimen político sólo puede funcionar en un sistema constitucional de Estado de derecho en el cual se tome efectivamente en cuenta con todas sus consecuencias políticas*" [65], estas son, entre otras, (i) la de aceptar sin limitación alguna la idea del no abuso del poder; (ii) reivindicar de manera permanente y en cualquier instancia el concepto de límites sustanciales y verdaderos al actuar de cualquier autoridad en escenarios reales de división de poderes; (iii) la negación absoluta del despotismo y la autocracia o cualquier deformación que se le parezca, en consecuencia; (iv) el disfrute del hom-

---

cho administrativo sufre permanentemente de una "crisis de crecimiento", que se debe a los cambios que de manera constante le provocan las transformaciones económicas y sociales, que no cesan (…)"

63 Allan R Brewer-Carías. *Tratado de Derecho Constitucional*. Fundación de Derecho Público Editorial Jurídica Venezolana, Volumen VII, Caracas Venezuela, 2014, p. 276 y ss.

64 Allan Brewer-Carías *"Tratado de Derecho Constitucional*". Fundación de Derecho Público Editorial Jurídica Venezolana, Volumen VII, Caracas Venezuela, 2014, p. 117 a 315.

65 Allan R Brewer-Carías. *El Estado Democrático de Derecho y los Nuevos Autoritarismos Constitucionales en América Latina: El Caso de Venezuela*. Escrito elaborado partiendo del texto de la ponencia presentada al IX Congresso Ibero-americano de Direito Constitucional e VII Simpósio Nacional de Direito Constitucional, Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas, Seção Brasileira do Instituto Ibero-Americano de Direito Constitucional, Academia Brasileira de Direito Constitucional, 11-15 de noviembre 2006, Curitiba, Paraná, Brasil. https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/09/1006.-I-1-947.-Estado-democrático-de-derecho-y-autoritarismo-en-Venezuela-Curit%C3%ADba-2006.pdf

bre de su libertad sin más límites que las del interés general y nunca la de los intereses mezquinos e ilegítimos del tirano[66 - 67].

Conforme a estas ideas doctrinales, entiende Allan Brewer-Carías que construir y mantener un orden democrático dentro del Estado constitucional es una tarea difícil y de profunda persistencia en sus valores y principios para lo cual no se puede perder nunca de vista la concurrencia de los siguientes elementos: (i) asegurar el gobierno del pueblo, titular de la soberanía, sea en forma indirecta a través de representantes, o bien mediante instrumentos para su ejercicio directo; (ii) reivindicar un real y efectivo Estado de derecho, donde se garantice la prevalencia de sistema político constitucional que impida el abuso de quienes ejercen el poder estatal, división efectiva del poder, existencia de controles reales que impidan el auge de la arbitrariedad; (iii) respeto real y material a la voluntad popular; (iv) vigencia plena y eficaz de los derechos humanos; (v) garantía efectiva del pluralismo político; (vi) alternabilidad real y republicana en el ejercicio del poder político; y en fin, (vii) sometimiento material del Estado y todas sus autoridades, funcionarios y órganos al derecho, entendiendo incorporado dentro de éste el orden jurídico convencional en los términos y condiciones de los tratados internacionales y del derecho internacional consuetudinario.[68]

III

RECONOCIMIENTO DE LA VIGENCIA DE UN DERECHO CONVENCIONAL Y DE UN ESPECÍFICO "CONTROL DE CONVENCIONALIDAD"

El derecho administrativo como instrumento constitucional determinante de las reglas y principios que soportan la actividad y el marco de decisiones de todas las autoridades administrativas al cumplimiento y satisfacción integral de todas las obligaciones y compromisos internacionales del Estado que les correspondan en el ámbito de sus competencias en especial los relativos a derechos humanos en la forma y condiciones previstas en los artículos 1.1, 2 y 29 de la Convención ADH. ***(Parte Séptima).***

---

66 La pureza de estas enseñanzas, como bien lo destaca, devienen de fuentes doctrinales claras y del más profundo valor histórico y político: (i) de la ya "*… clásica y clara advertencia que décadas antes de la Revolución Francesa había legado al mundo, Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu*: **"***Es una experiencia eterna –decía- que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él; y lo hace hasta que encuentra límites... Para que no se pueda abusar del poder es necesario que, por la disposición de las cosas, el poder limite al poder…"*.**,** y (ii) de la experiencia revolucionaria y constitucional norteamericana donde precisamente postularon la idea democrática y republicana de gobierno representativo a partir de 1776, como fórmula adecuada y precisa para enfrentar y controvertir constitucionalmente el concepto de monarquía absoluta hereditaria, en lo que sostiene Brewer-Carías, jugó *"... un papel fundamental los escritos de Thomas Paine, sin duda, el ideólogo más importante de la independencia norteamericana…",* quien postuló precisamente el reproche y negación de todo lo que institucionalmente representaba el régimen inglés y la necesidad de no seguir su ejemplo en la construcción del nuevo Estado norteamericano**;** *"...el nuevo régimen político a establecer no podía ser el de la "locura del Gobierno hereditario de los reyes," o de "la absurdidad de la sucesión hereditaria," la cual consideró en su obra Common Sense, como "un insulto y una imposición sobre la posteridad, porque siendo todos los hombres iguales en su origen, ninguno por su nacimiento pudo tener un derecho para establecer para siempre su misma familia con una perpetua preferencia sobre todas las demás."*

67 Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *La figura del Estado constitucional, democrático y convencional. Dos ideas básicas en la obra de Allan Brewer-Carías*. Palabras homenaje 80 años del profesor. Madrid. 2019.

68 Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *La figura del Estado constitucional.* Cit.

En este sentido y para estos efectos, propone a lo largo de su obra y en línea persistente un concepto de Estado constitucional, solo entendible materialmente en cuanto estructura jurídica teleológica, sumida en parámetros democráticos, sociales y absolutamente regida por la idea básica de la separación de poderes**;** garante, entre otros bienes y valores, como los de la paz, el orden jurídico, la justicia y derechos, como los subjetivos en todas sus dimensiones, al igual que de la libertad; comprometido con el progreso del hombre y la sociedad; respetuoso de sus compromisos con la comunidad internacional, los derechos humanos, el mercado, la iniciativa privada, la competencia económica; bajo el contexto disciplinar de controles reales contenedores de la arbitrariedad y el despotismo[69] - [70].

Bajo estas líneas imperativas de su pensamiento, se ampara uno de los mayores aportes a la teoría del Estado constitucional, por lo menos desde la perspectiva del pensamiento clásico del derecho público latinoamericano, la de entender esta magna construcción conforme a presupuestos convencionales. Reivindicando la esencia del pensamiento político y jurídico de Kant[71] y de Kelsen[72], Brewer-Carías entiende como de la naturaleza misma del Estado constitucional su irremediable articulación, bajo consideraciones monistas, con el régimen sustancial derivado del derecho convencional, lo que se hace ostensible en los países miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a partir de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del desarrollo que este órgano judicial le ha imprimido al control de convencionalidad como instrumento vital para la justificación material del Estado de derecho y la democracia[73 - 74].

El derecho no se agota en el derecho nacional y la soberanía absoluta es una ficción irrealizable perturbadora de la integración natural de los pueblos y naciones, que aísla y permite engendros autoritarios y negaciones de los derechos fundamentales del hombre y de la humanidad, de aquí los peligros advertidos por Allan Brewer-Carías en relación con la desconstitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos[75 - 76].

El verdadero Estado constitucional es aquel que rompe estas barreras y perjuicios y conduce a las naciones, en palabras de Kant, en torno a un verdadero *"derecho público de la humanidad"*[77]*,* permitiendo reclamar cualquier violación a un derecho en cualquier rincón del planeta.

---

69 Allan R Brewer-Carías. *Instituciones Políticas y Constitucionales,* Tomo I, Evolución Histórica del Estado, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas - San Cristóbal, 1996, págs. 43 a 163.

70 Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *La figura del Estado constitucional.* Cit.

71 Immanuel Kant. *La Paz Perpetua.* Hemos utilizado para el análisis efectuado en esta presentación la edición de "La Paz Perpetua" de Kant subida en traducción libre y pública en la siguiente página de la Red: https://www.biblioteca.org.ar/libros/89929.pdf

72 Hans Kelsen. *Teoria Geral do Direito e do Estado,* Martins Fontes, São Paulo, 2000. pp. 462 a 567.

73 Allan R Brewer-Carías. *El Control de Convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los derechos humano. Texto* preparado para la exposición en el evento organizado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sobre El control de convencionalidad y su aplicación, San José, Costa Rica, 27-28 de septiembre de 2012. https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2012/09/1107-1-1055-EL-CONTROL-DE-CONVENCIONALIDAD-por-la-Corte-IDH-Y-AMPARO-18-sept.-2012.doc.pdf

74 Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *La figura del Estado constitucional*. Cit.

75 Allan R Brewer-Carías. *Estado Totalitario y Desprecio de la Ley. La Desconstitucionalización, Desjuridificación, Desjudicialización y Desdemocratización de Venezuela*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2015, p. 148 y 149; 495 a 529.

76 Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *La figura del Estado constitucional.* Cit.

77 Immanuel Kant. *La Paz Perpetua.* Cit.

Para Allan Brewer-Carías, estas máximas no le son extrañas, todo lo contrario, constituyen elementos vitales de su ideario político y jurídico[78], precisamente destaca que, ***"...Algo…que ha adquirido tanta notoriedad en los últimos años, … si bien no es tan viejo como el mundo, sí podemos considerar que es tan viejo como la vigencia misma de la Convención Americana sobre Derechos Humanos…",*** mostrándonos en consecuencia el sendero convencional como el correcto para el entendimiento integral del Estado constitucional.[79 - 80]

Brewer-Carías se torna entonces en un soñador del derecho internacional y de sus bondades para la humanidad en claves de repudio a toda manifestación de violación de sus mínimos de convivencia y de respeto al hombre y sus derechos. Su propuesta en este aspecto no admite tacha moral o política. Propone leer y aplicar las bases constructivas del Estado constitucional y sus desarrollos normativos legales, administrativos y judiciales a la luz y conforme al orden jurídico convencional, algo que dentro de la estructura dogmática de su vasta obra no puede ser calificado más que obvio.[81 - 82]

En esta línea de pensamiento, el ordenamiento jurídico convencional juega un papel importante en la consolidación de la base y concepto democrático en la obra de Allan Brewer-Carías. La democracia en los términos expuestos guarda relación material con los valores del derecho internacional de los derechos humanos.

El propósito y finalidad prevalente del ordenamiento convencional es el mantenimiento y garantía permanente del sistema democrático y republicano de gobierno. En sus reflexiones al respecto, considera como una verdad incontrovertible la del papel estelar que juegan en su consolidación los tratados internacionales, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero también la labor constructiva de instrumentos como la Carta Democrática Interamericana de 2001, que determinó a nivel del consenso regional los elementos fundamentales del concepto de democracia representativa, constituyéndose en un referente esencial para la lectura y vigencia de las ideas democráticas en nuestros países.[83 - 84]

De sus artículos 3 y 4, deduce Brewer-Carías las siguientes 11 ideas rectoras interamericanas sobre democracia, en su consideración de observancia irremediable por los países para ser calificados en la región con estructuras constitucionales verdaderamente democráticas: "*(i) respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; (ii) el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; (iii) la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo; (iv) régimen plural de partidos y organizaciones políticas; (v) la necesaria existencia –dice– de "la separación e independencia de los poderes públicos"; (vi) la transparencia de las actividades gubernamentales; (vii) la*

---

78 Allan R Brewer-Carías. *Derecho Administrativo y el control de convencionalidad.* Revista de la Facultad de Derecho de México, Vol. 67, No. 268, 2017.

79 Allan R Brewer-Carías. *El Control de Convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los derechos humanos. Cit.*

80 Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *La figura del Estado constitucional.* Cit.

81 Allan R Brewer-Carías. *Estado Totalitario y Desprecio de la Ley, La Desconstitucionalización, Desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela*. Cit., p. 148 y 149; 495 a 529.

82 Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *La figura del Estado constitucional.* Cit.

83 Allan R Brewer-Carías. *El Estado Democrático de Derecho y los Nuevos Autoritarismos Constitucionales en América Latina: El Caso de Venezuela*. Op. Cit.

84 Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *La figura del Estado constitucional.* Cit.

probidad; (viii) la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública; (ix) el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa; (x) la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida; (xi) el respeto al Estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad.”

Altos de Potosí, Vereda Santa Isabel,
Guasca, Colombia
18 de enero de 2024

INTRODUCCIÓN GENERAL

§0. Los principios fundamentales del derecho público

El derecho administrativo[1] es la rama del derecho público que regula la organización, funcionamiento y actividades de la Administración Pública como complejo orgánico del Estado, el ejercicio de la función administrativa, y las relaciones del Estado con los ciudadanos[2]. Como derecho del Estado y de los ciudadanos es, por tanto, una rama del derecho público que encuentra en la Constitución su fundamento detallado.

Por eso se habla en el mundo contemporáneo, de la constitucionalización del derecho administrativo, lo que ha ocurrido precisamente en la etapa de desarrollo y consolidación del derecho público y, por ende, del derecho constitucional y del derecho administrativo, que se inició en Venezuela con la elaboración de la Constitución de 1947, de muy corta vigencia[3], y luego del interregno autoritario, con la redacción y entrada en vigencia de la

---

1 Las obras generales sobre derecho administrativo que se han publicado en Venezuela son las siguientes: J.M. HERNÁNDEZ RON, *Tratado elemental de derecho administrativo,* Caracas, Edit. Las Novedades, 1942; TOMÁS POLANCO, *Derecho administrativo especial,* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1958; CÉSAR TINOCO R., *Nociones de derecho administrativo y Administración Pública*, Caracas, Edit. Arte, 1958; ANTONIO MOLES CAUBET, *Lecciones de derecho administrativo* (1960), Caracas, Edit. Mohingo, 1975; ELOY LARES MARTÍNEZ, *Manual de Derecho Administrativo* (1964), 12ª ed., Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2001; ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1964; íd. *Derecho administrativo*, t. I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1975; ARMANDO RODRÍGUEZ GARCÍA y GUSTAVO URDANETA TROCONIS, *Derecho administrativo I*, guía de estudio, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1982; íd., *Derecho administrativo II,* Caracas, Universidad Nacional Abierta, 1983; JOSÉ PEÑA SOLÍS, *Lineamientos del derecho administrativo*, v. I: "La organización administrativa venezolana", v. II, "El derecho administrativo y sus fuentes", Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1997; íd. *Manual de derecho administrativo*. *Adaptado a la Constitución de 1999.* v. I. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2000; ANTONIO IZQUIERDO TORRES, *Derecho administrativo especial*. Caracas, 1997; GALSUINDA VEDA PARRA MANZANO, *Manual de derecho administrativo*, Valencia, Vadell Hermanos, 2005.

2 Como se verá más adelante (*Primera parte, I*), esta definición más descriptivamente permite identificar al derecho administrativo por su objeto, como la rama del derecho que estudia los sujetos de derecho o personas jurídicas que conforman el Estado; la Administración Pública como complejo orgánico de esas personas jurídicas estatales, su organización y funcionamiento; el ejercicio de la función administrativa dentro de las funciones del Estado; la actividad administrativa, siempre de carácter sublegal, realizada por los órganos de las personas jurídicas estatales en ejercicio de las funciones normativas o administrativas, o la realizada por los particulares a quienes la ley ha autorizado para ello, su régimen y control; y las relaciones jurídicas que se establecen entre las personas jurídicas estatales o las que desarrollan la actividad administrativa y los administrados, que moldean las formas de la actividad administrativa.

3 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Las Constituciones de Venezuela*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1997, pp. 991 y ss.

Constitución del 23 de enero de 1961[4], bajo cuyo manto normativo se produjo, además, tanto el proceso de democratización del país como de la conformación del Estado social y democrático de derecho[5].

Fue precisamente durante las casi cuatro décadas de aplicación de este Texto Fundamental de 1961, el que más tiempo de vigencia ha tenido en toda la historia constitucional venezolana, cuando se configuraron los principios fundamentales del derecho público que condicionan tanto al derecho constitucional como al derecho administrativo contemporáneos, y que fueron recogidos por la Constitución del 30 de diciembre de 1999[6].

Esos principios, o si se quiere, las bases constitucionales del derecho administrativo que conforman el tronco jurídico común del derecho constitucional y administrativo, construidos paulatinamente por la doctrina y la jurisprudencia durante las décadas de vigencia de la Constitución de 1961[7], son los que, una vez recogidos en la Constitución de 1999[8], resulta indispensable someter a examen en esta *Introducción general*[9], antes de entrar a estudiar en detalle el contenido de nuestra disciplina; lo que haremos agrupándolos en la siguiente forma: en *primer lugar*, el principio de la supremacía constitucional y de la aplicación directa de la Constitución; en *segundo lugar*, el principio de la formación del derecho por grados y de la jerarquía de los actos estatales; en *tercer lugar,* el principio de legalidad y la supranacionalidad; en *cuarto lugar,* el principio de la distribución vertical del poder público; en *quinto lugar,* el principio de la personalidad jurídica del Estado y las personas estatales; en *sexto lugar*, el principio de la separación orgánica de poderes; en *séptimo lugar*, el principio del ejercicio inter orgánico de las funciones del Estado; en *octavo lugar*, el principio del carácter inter funcional de los actos estatales; en *noveno lugar*, el principio del carácter inter orgánico de la Administración Pública; en *décimo lugar*, el principio de los fines democráticos, sociales y de justicia del Estado (Estado democrático y

---

4 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *La Constitución y sus enmiendas*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1991; ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Instituciones políticas y constitucionales*, t. I, "Evolución histórica del Estado", San Cristóbal y Caracas, Universidad Católica del Táchira y Edit. Jurídica Venezolana*,* 1996, pp. 391 y ss.

5 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Cambio Político y Reforma del Estado en Venezuela. Contribución al estudio del Estado democrático y social de derecho*, Madrid, Edit. Tecnos, 1975.

6 La Constitución de 1999 fue aprobada mediante referendo el 15 de diciembre de 1999 y publicada en *Gaceta Oficial* n.º 36.660 del 30 de diciembre de 1999. Posteriormente fue publicada con correcciones en *Gaceta Oficial* n.º 5.453 Extra. de fecha 24 de marzo de 2000. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *La Constitución de 1999*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000; íd. *La Constitución de 1999. Derecho constitucional venezolano,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004.

7 *Esa etapa de desarrollo del derecho público, sin duda, se pudo cumplir dado el invalorable aporte doctrinal que desde inicios de los años sesenta se realizó desde el Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela , en lo que fue la etapa más pujante e innovadora de esa Institución, cuando además se publicó el* Archivo de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración; *y desde la Maestría de Derecho Administrativo de la misma Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello, en Caracas; esfuerzo que bajo otro ángulo se siguió, a partir de 1980, desde las páginas de la* Revista de Derecho Público *de la Fundación Editorial Jurídica Venezolana; y más recientemente, además, desde las páginas de la* Revista de Derecho Constitucional *y de la* Revista de Derecho Administrativo *de la Editorial Sherwood; así como de las actividades desplegadas desde la Fundación de Derecho Público establecida en los años ochenta; desde la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (Funeda) establecida a comienzos de los noventa; y más recientemente, desde la Fundación de Estudios Constitucionales, Legislativos y Administrativos (Cecla).*

8 *Véase nuestras propuestas en* ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente) 3 t., Caracas, Fundación de Derecho Público, 1999.*

9 Estos principios, en particular, fueron conformando el *Curso sobre Derecho Administrativo Profundizado* que dictamos durante lustros en la Maestría de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Principios fundamentales del derecho público (constitucional y administrativo)*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2005.

social de derecho y de justicia); en *undécimo lugar*, el principio de la primacía y progresividad de los derechos constitucionales; en *duodécimo lugar*, el principio de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos; y en *décimo tercer lugar*, el principio de la universalidad del control judicial de los actos estatales.

I. EL PRINCIPIO DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y DE LA APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN

1. *La Constitución como norma suprema*

El primero de los principios del derecho público establecidos en la Constitución de 1999, siguiendo los principios fundamentales de la organización del Estado esenciales al constitucionalismo moderno, es el de la supremacía constitucional regulado en forma expresa en el artículo 7º, que precisa que "La Constitución es la norma suprema y el fundamento el ordenamiento jurídico", a la cual quedan sujetos "todas las personas y los órganos que ejercen el poder público"[10]; constituyendo, además, como uno de los deberes constitucionales de los ciudadanos y funcionarios, el "cumplir y acatar" la Constitución (art. 131)[11]. Como lo ha precisado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo:

> La Constitución es suprema, entre otras cosas, porque en ella se encuentran reconocidos y positivizados los valores básicos de la existencia individual y de la convivencia social, al tiempo que instrumenta los mecanismos democráticos y pluralistas de legitimación del poder, tales como los relativos a la designación de las autoridades y a los mandatos respecto al cómo y al para qué se ejerce autoridad. Persigue con ello el respeto a la determinación libre y responsable de los individuos, la tolerancia ante lo diverso o lo distinto y la promoción del desarrollo armonioso de los pueblos. El principio de supremacía de la Constitución, responde a estos valores de cuya realización depende la calidad de vida y el bien común[12].

Es indudable, por supuesto, que para que una Constitución sea efectivamente la ley suprema de una sociedad debe ser producto de ella misma, del acuerdo, pacto o consenso de sus componentes, y no de imposiciones de un grupo sobre otros. Las constituciones impuestas por un grupo al resto de los integrantes de la sociedad generalmente tienen no sólo una precaria supremacía, sino una duración limitada a la permanencia en el poder del grupo que la impuso. Por ello la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia del 9 de noviembre de 2000 ha destacado lo que considera un "hecho fundamental" aunque no siempre "evidente a simple vista", en el sentido de que "la Constitución es su-

---

[10] Nos correspondió proponer en la Asamblea la consagración en forma expresa de dicho principio constitucional. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente*), t. II, 9 septiembre-17 octubre 1999, Caracas, Fundación de Derecho Público y Edit. Jurídica Venezolana, 1999, p. 24.

[11] En cuanto a la sujeción del legislador a la Constitución, la Sala Constitucional en sentencia 488 del 30 de marzo de 2004, caso Impugnación de los artículos 11 y 91 numeral 29 de la Ley de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, ha estimado que "al ser la Constitución la norma primaria a la cual debe sujetarse el ordenamiento jurídico, la labor del legislador debe tener como norte no sólo los principios generales expresamente consagrados, sino además los supremos fines por ella perseguidos, por lo que está obligado a realizar una interpretación integral y coordinada de las normas que conforman el cuerpo constitucional, es decir, que el legislador no es un simple ejecutor de los principios constitucionales sino que por el contrario en ejercicio de sus funciones goza de una amplia libertad de configuración normativa que le permite determinar y aplicar, de manera concreta las directrices necesarias para el cumplimiento de los cometidos constitucionales", *Revista de Derecho Público*, n.º 97 y 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, p. 104.

[12] Véase sentencia 33 del 25 de enero de 2002, *Revista de Derecho Público,* n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 399.

prema en tanto es producto de la autodeterminación de un pueblo, que se la ha dado a sí mismo sin intervención de elementos externos y sin imposiciones internas. Así, la Constitución viene a ser, necesariamente, la norma fundamental a la cual se encuentran vinculadas las múltiples formas que adquieren las relaciones humanas en una sociedad y tiempo determinados"[13].

Siendo la Constitución la norma suprema, la misma tiene aplicabilidad inmediata en el orden interno, y no admite que pueda haber una norma superior a ella, salvo en relación con el régimen de los derechos humanos. El carácter normativo de la Constitución, por tanto, como lo ha establecido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, constituye "uno de los grandes avances del Derecho Público" de manera que incluso, la jurisdicción constitucional "sólo puede basarse en la afirmación del carácter normativo del Texto Fundamental" pues "sería imposible censurar al legislador en caso de que sus actos se aparten de la Carta Magna y, en consecuencia, anularlos, si no estuviera sometido a mandatos categóricos consagrados por el Constituyente"[14]. Por ello, "el principio de supremacía constitucional justifica el poder de garantía constitucional que ejerce [la] Sala Constitucional, al cual atienden los artículos 334 y 335 C. Es decir, tal principio tiene carácter fundamental"[15].

2. *El principio de la aplicabilidad inmediata de la Constitución*

El principio de la supremacía constitucional siempre ha implicado, en el orden interno, el principio de la aplicación directa e inmediata de las normas constitucionales, en el sentido de que la Constitución debe considerarse como una norma obligatoria, con fuerza coactiva inmediata y por sí misma[16], que crea derechos y obligaciones directamente ejercibles y exigibles. Así lo ha señalado la Sala Constitucional en sentencia 963 del 5 de junio de 2001 (caso José A. Guía y otros *vs.* Ministerio de Infraestructura), en relación con el carácter normativo de la Constitución, del cual puede inferirse que la misma:

> [Es] un instrumento con aliento jurídico que vincula, en grado a la naturaleza del precepto aplicable, tanto a los órganos del poder público como a los particulares; en segundo lugar, que la propia Constitución otorga o impone situaciones jurídicas constitucionales -según se trate de derechos o deberes- con referencia a valores indispensables al aseguramiento de la libertad, la igualdad y la dignidad humanas; y finalmente, que la Constitución ha diseñado un sistema garantizador de tales situaciones jurídicas constitucionales, en el cual el poder judicial juega un papel de primer orden[17].

---

[13] Véase sentencia 1347 del 9 de noviembre de 2001 de la Sala Constitucional, *Revista de Derecho Público,* n.º 81, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 265.

[14] Véase la sentencia 1278 del 17 de junio de 2005, caso Aclaratoria de la sentencia interpretativa sobre los artículos 156, 180 y 304 de la Constitución, *Revista de Derecho Público,* n.º 102, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2005.

[15] Véase sentencia 33 del 25 de enero de 2002 de la Sala Constitucional, *Revista de Derecho Público,* n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 400 y ss; citada también en sentencia 331 del 13 de marzo de 2001, *Idem.* pp. 391 y ss.

[16] Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Instituciones políticas y constitucionales*, t. I, "Evolución histórica del Estado", cit., pp. 501 a 505. La Sala Constitucional en tal sentido ha indicado en sentencia 2073 del 4 de agosto de 2003 ha señalado que "La aplicación inmediata de la Constitución, con el fin de que ella tenga vigencia inmediata y otorgue la cobertura constitucional, aun antes que se dicten las leyes que desarrollen los preceptos constitucionales, ha sido doctrina de esta Sala contenida en fallos del 20 de enero de 2000, 30 de junio de 2000 y 22 de agosto de 2001, casos: Emery Mata, Dilia Parra y Asodeviprilara, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, p. 214. Véase además, sentencia de la misma Sala Constitucional n.º 1387 del 21 de noviembre de 2000, *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 286

[17] Véase *Revista de Derecho Público*, nº 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 447.

Esto tiene particular importancia precisamente en materia de derecho administrativo, cuyas normas en gran parte son reguladoras del ejercicio de los derechos fundamentales, pues implica que aun en ausencia de leyes reglamentarias tales derechos pueden ejercerse, quedando proscritas las llamadas normas constitucionales programáticas[18]. Respecto de estas, por otra parte, ya la antigua Corte Suprema de Justicia había modificado su propia jurisprudencia anterior que admitía las normas programáticas[19], estableciendo que dichas normas no cabían en el orden constitucional, lo que por supuesto ratifica expresamente el artículo 22 C. 1999 al disponer que la falta de ley reglamentaria de los derechos humanos no menoscaba el ejercicio de los mismos; es decir que para poder ejercerse los derechos constitucionales no se requiere de ley preexistente, bastando con la norma constitucional o de los respectivos tratados, pactos o convenios internacionales. Sobre ello, sin embargo, la Sala Constitucional se ha reservado, sin fundamento constitucional alguno, la potestad de resolver sobre la aplicabilidad inmediata de las normas constitucionales relativas a derechos humanos cuando no exista ley reglamentaria, contrariando el sentido de la previsión constitucional. Así, en su afán de concentrar la justicia constitucional, en forma inapropiada la Sala se ha reservado la justiciabilidad de ciertos derechos, señalando que:

> Las normas constitucionales tienen vigencia plena y aplicación directa, y que cuando las leyes no han desarrollado su ejercicio y se requiere acudir a los tribunales de justicia, debido a la aplicación directa de dichas normas, es la jurisdicción constitucional, representada por esta Sala Constitucional, la que conocerá de las controversias que surjan con motivo de las normas constitucionales aun no desarrolladas legislativamente, hasta que las leyes que regulan la jurisdicción constitucional, decidan lo contrario[20].

Pero en general sobre el carácter normativo de la Constitución y el tema de las "normas programáticas", la jurisprudencia no ha sido precisamente constante. En efecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha señalado en sentencia 1278 del 17 de junio de 2005, al referirse particularmente a los artículos 156, 180 y 304 C. que los mismos no tienen tal carácter de normas programáticas, sino que, por el contrario, "su lectura revela su naturaleza normativa: son previsiones de aplicación obligatoria e inmediata, sin necesidad alguna de desarrollo legislativo ni de declaraciones judiciales", agregando, sin embargo, que:

> Por supuesto, no toda disposición constitucional es de aplicación directa e inmediata. Las Constituciones son, entre otras cosas, textos en los que las sociedades jurídicamente organizadas regulan su estructura y funcionamiento, así como precisan el alcance de los derechos ciudadanos y de las potestades públicas, pero también son textos en los que se exponen los deseos de esa misma sociedad -a veces de difícil realización- y los medios que, para satisfacerlos, han ideado.
>
> Las disposiciones constitucionales, por ello, son de muy diverso contenido. Rara vez se encontrarán disposiciones legales o sublegales que consistan en declaraciones de propósitos. En cambio, las Constituciones sí suelen incluir declaraciones de la más

---

[18] Cfr. José Rafael Mendoza Mendoza, "Normas programáticas u operativas", en *Libro Homenaje a Rafael Caldera: Estudios sobre la Constitución*, t. I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1979, pp. 151 a 166.

[19] Véase las referencias en Allan R. Brewer-Carías, de *Instituciones políticas y constitucionales*, t. I, "Evolución histórica del Estado", cit. pp. 501 a 505.

[20] Véase sentencia 332 del 14 de marzo de 2001, caso INSACA *vs*. Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 492.

variada índole. Basta leer el Preámbulo que antecede a muchas de ellas, como es el caso venezolano, para confirmar este aserto.

Ahora, al ser la Constitución el documento en el que se reflejan los valores generalmente compartidos por la sociedad de que se trate, esas declaratorias de propósitos tienen un indudable valor, tanto para los órganos del Estado, que deben orientarse por ellas, como para los jueces, en especial esta Sala como máxima tutora judicial de la constitucionalidad. Los diversos cometidos que el Estado asume son órdenes que deben ser ejecutadas. De poco serviría un texto carente de vinculación para sus destinatarios: autoridades públicas y particulares.

Lo que sí resulta cierto es que, aunque pueda afirmarse que toda la Constitución contiene disposiciones que deben ser ejecutadas, no todas son de naturaleza idéntica: algunas son mandatos al legislador para que, haciendo uso de su libertad de apreciación y decisión, escoja los mecanismos más idóneos para dar satisfacción al propósito del Constituyente. Es el caso, precisamente, de las llamadas normas *programáticas*: aquellas que, inspiradas en un fin, prevén la necesidad de materializarlo, pero dejan su desarrollo al legislador, representante de la voluntad popular.

Una disposición programática no contiene un mandato directamente ejecutable por toda la colectividad: tiene destinatarios específicos, que deben desarrollarlo de manera tal que el propósito perseguido logre cumplirse. Antaño existió la tendencia a estimar como programáticas disposiciones que no lo eran, desconociendo su naturaleza. Hoy en día, en buena medida gracias a la interpretación del Máximo Tribunal, se deslindaron las disposiciones programáticas (mandatos al legislador, por lo general) de las inmediatamente ejecutables por todas las autoridades públicas y los particulares[21].

En esta misma línea de argumentación, por ejemplo, la Sala Constitucional ha considerado que "del texto del artículo 86 de la Constitución de 1999, se evidencia que el mismo contiene una norma programática que responde a una estrategia construida en función de la realización de los valores y fines del Estado, y es por ello que la misma, impone una obligación al Estado de crear un sistema de seguridad social universal"[22]. En otra sentencia, sin embargo, pero esta vez dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, en cambio, se afirma que "la Constitución no puede consagrar cláusulas programáticas de las cuales pueden emerger derechos posteriores a la acción legislativa, ni tampoco depender de la programada actividad gubernativa sujeta siempre a la interacción de ingresos y gastos, y a la supuesta programación presupuestaria"[23].

En igual sentido, otra de las salas del Tribunal Supremo, la Sala Electoral, en sentencia 51 del 19 de mayo de 2000, decidió que:

[De] acuerdo al constitucionalismo moderno y considerando que la recién promulgada Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al igual que lo era la Constitución de 1961, es un sistema de normas, conduce a descartar la reapertura de la discusión acerca del carácter programático de las disposiciones que la integran, no podría ser considerada como un documento político contentivo de "*programas*", que sólo podrían ser ejecutados una vez que éstos se hicieren operativos mediante el proceso

21 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 38.220 de 1º de julio de 2005. Igualmente, en *Revista de Derecho Público*, n.º 102, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2005.

22 Véase sentencia 1197 del 17 de octubre de 2000, *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 157.

23 Véase sentencia 885 del 5 de octubre de 2000, caso José Rojas y otros *vs*. Instituto Nacional de Hipódromos, *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 106

> legislativo, por tanto, considera esta Sala, que no se requiere la intermediación de la legislación para ser aplicada directamente, hecho éste al que alude la parte recurrente como indispensable. De esta manera, sería inaceptable calificar una norma como programática, por no haberse promulgado legislación que la desarrolle, dado que en definitiva sería negar la aplicación de una disposición constitucional[24].

Ahora bien, en particular, en cuanto a los preceptos orgánicos de la Constitución, es decir, a las normas relativas a los órganos que ejercen el poder público y sus competencias, el tema de la aplicación inmediata del Texto Fundamental es esencial.

En efecto, la Constitución entre otras, cumple una función organizadora de la cual se desprenden, a su vez, tres principios básicos acerca del modo como se relacionan los órganos titulares de los poderes públicos:

> En primer lugar, el principio de competencia, el cual actúa como un instrumento ordenador del ejercicio del poder una vez que éste es legitimado; seguidamente, el principio de separación de poderes, conforme al cual la Constitución le asigna a diversas instituciones la operación de determinadas funciones públicas en torno a un ámbito objetivo más o menos específico; y tercero: el principio de legalidad, elemento esencial del Estado de Derecho y del sistema democrático. Dichos principios, en tanto fundamentales del Estado de Derecho, exigen la distribución de funciones entre diversos órganos y la actuación de éstos con referencia a normas prefijadas, ya sea como un modo de interdicción de la arbitrariedad o como mecanismos de eficiencia en el cumplimiento de los cometidos del Estado; pero, al mismo tiempo, y a través de su correcta aplicación y de su recto desempeño, garantizan los objetivos de unidad política y convivencia pacífica[25].

Son estos principios de organización, precisamente, los que la Sala Constitucional también ha considerado como de vigencia y aplicación inmediata, no siendo necesaria la sanción previa de las leyes que desarrollen lo dispuesto en la Constitución, para que tengan efectividad. Así lo sostuvo en sentencia 1 del 20 de enero de 2000 (caso Emery Mata Millán0, al expresar:

> Los preceptos orgánicos son de inmediata aplicación por todos los poderes públicos, y, en particular, por los órganos a los que la disposición constitucional se refiere. Existan o no las normas que desarrollen la regulación constitucional, ésta es plenamente eficaz por sí misma y, por lo tanto, establece pautas para el funcionamiento del órgano al que se refiera la norma constitucional[26].

En definitiva, la Sala Constitucional ha estimado que siendo la Constitución un “sistema de normas”, ello:

> […] conduce a descartar la reapertura de la discusión acerca del carácter programático de las disposiciones que la integran, [por lo que] no podría considerarse como un

---

[24] Caso Simón Sáez y otros *vs.* Consejo Nacional Electoral, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 141

[25] Véase sentencia 23 del 22 de enero de 2003, caso Interpretación del artículo 71 de la Constitución, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, p. 530

[26] Véase en *Revista de Derecho Público,* n.º 81, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 225 y ss. Véase además, sentencias 520 de 7 de junio de 2002 de la Sala Constitucional, caso Mercantil Internacional, C. A. *vs.* Juzgado Superior Cuarto del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, *Revista de Derecho Público,* n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 536 y ss; y 2748 del 20 de diciembre de 2001, caso Fiscal General de la República *vs.* Consejo Nacional Electoral, *Revista de Derecho Público,* n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 390

> documento político contentivo de "programas", que sólo podrían ser ejecutados una vez que éstos se hicieren operativos mediante el proceso legislativo; por tanto, considera esta Sala que no se requiere la intermediación de la legislación para ser aplicada directamente [...] De esta manera, sería inaceptable calificar una norma como programática por no haberse promulgado legislación que la desarrolle, dado que en definitiva sería negar la aplicación de una disposición constitucional[27].

El principio de la aplicabilidad inmediata de la Constitución tiene un particular interés para el derecho administrativo, en el sentido de que en ausencia de ley reglamentaria la competencia de los órganos del Estado o el régimen de ejercicio de los derechos fundamentales es el que está establecido en la Constitución[28], no pudiendo la Administración, dado el principio de la reserva legal, suplir la ausencia de la ley reguladora. En particular, por supuesto, respecto de los derechos constitucionales, la aplicación inmediata de las normas constitucionales contentivas de garantías de los mismos ha sido criterio general sostenido por la jurisprudencia[29].

Por último, debe señalarse que la idea de la Constitución como norma suprema de aplicación inmediata y fundamento del ordenamiento jurídico, conforme a una tradición normativa que se remonta al texto de la Constitución de 1811, se acompaña con la prescripción expresa de la obligatoriedad de sus normas para todos los órganos que ejercen el poder público y los particulares. Por eso la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia 1347 del 9 de noviembre de 2000 ha señalado que de la supremacía deriva que la:

> […] Constitución ostente, junto con el ordenamiento jurídico en su totalidad, un carácter normativo inmanente; esto es, un deber ser axiológico asumido por la comunidad como de obligatorio cumplimiento, contra cuyas infracciones se activen los mecanismos correctivos que el propio ordenamiento ha creado. La Constitución, también, sin que pueda ser de otro modo, impone modelos de conducta encaminados a cumplir pautas de comportamiento en una sociedad determinada[30].

La consecuencia de la consagración expresa del principio de la supremacía constitucional es, por una parte, la previsión en el propio texto constitucional de todo un sistema para la protección y garantía de esa supremacía constitucional frente a las leyes a través del control de su constitucionalidad, lo cual, sin duda, constituye uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo contemporáneo y del Estado de derecho[31]. Entre ellos está, por una parte, la previsión del control difuso y concentrado de la constitucionalidad de las le-

---

27 Véase sentencia 51 del 19 de mayo de 2000 de la Sala Constitucional, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 139 a 141.

28 En sentencia 2748 del 20 de diciembre de 2001, la Sala Constitucional ha dicho: "Es un hecho bastante generalizado que los derechos fundamentales y la normativa que se refiere a la creación de órganos de los poderes públicos y su habilitación, en la mayoría de las Constituciones vigentes en distintos países, son considerados de aplicación inmediata y directa", , *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88 Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 390

29 Véase sentencia 609 del 25 de marzo de 2002 de la Sala Constitucional, caso Universidad Yacambú *vs.* Juzgado Segundo de Primera Instancia del Trabajo y Estabilidad Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, *Revista de Derecho Público*, n.º 89 a 92 Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, p. 147

30 Véase sentencia 1347 del 9 de noviembre de 2000 de la Sala Constitucional, caso Recurso de interpretación constitucional, *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 264 y ss.

31 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Instituciones políticas y constitucionales*, t. I, "Evolución Histórica del Estado", cit. pp. 47 y ss.

yes[32], y por otra, la obligación de todos los jueces de asegurar la integridad de la Constitución (art. 334).

3. *La supra constitucionalidad en materia de derechos humanos*

Ahora bien, en materia de derechos humanos, el principio de la supremacía constitucional cede ante las normas de los tratados, pactos y convenciones internacionales relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, los que no sólo tienen también jerarquía constitucional, sino que incluso prevalecen en el orden interno (constitucional o legal), conforme lo establece el artículo 23 de la propia Constitución, "en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República", siendo además "de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público". Ello ha ocurrido, por ejemplo, en relación con el artículo 8 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, que consagra el derecho a la revisión o apelación de las sentencias (garantía de la doble instancia), razón por la cual normas legales que excluyen el derecho de apelar de fallos han sido declaradas inaplicables por contrariedad a la Convención, por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo[33].

Sobre esta norma que le otorga rango constitucional e, incluso, supra constitucional a esos instrumentos internacionales, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha puntualizado en sentencia 1942 del 15 de julio de 2003 (caso Impugnación de diversos artículos del Código Penal) que del artículo 23 constitucional se desprenden dos elementos claves:

> 1) Se trata de derechos humanos aplicables a las personas naturales; 2) Se refiere a normas que establezcan derechos, no a fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc., prescritos en los tratados, sino sólo a normas creativas de derechos humanos[...] Repite la Sala, que se trata de una prevalencia de las normas que conforman los tratados, pactos y convenios (términos que son sinónimos) relativos a derechos humanos, pero no de los informes u opiniones de organismos internacionales, que pretendan interpretar el alcance de las normas de los instrumentos internacionales[34].

La Sala, por lo demás, sin que ello pueda derivarse de lo que la Constitución establece, reivindicó para sí en esta materia su carácter de máximo y último interprete de la misma y de los tratados, pactos y convenios sobre derechos humanos, respecto de los cuales consideró que, por adquirir jerarquía constitucional e integrarse a la Carta Fundamental en vigor, "el único capaz de interpretarlos, con miras al derecho venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y que es la Sala Constitucional, y así se declara". De allí la Sala señaló que "es la Sala Constitucional quien determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios prevalecen en el orden interno; al igual que cuáles derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela"[35].

---

32 Cfr. en general ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Instituciones políticas y constitucionales*, t. VI, "Justicia Constitucional", San Cristóbal y Caracas, Universidad Católica del Táchira y Edit. Jurídica Venezolana, 1997.

33 Véase sentencia 802 del 13 de abril de 2000 de la Sala Político Administrativa, caso C.A., Electricidad del Centro (ELECENTRO) y Compañía Anónima de Electricidad de los Andes (CADELA) *vs.* Procompetencia, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 270 y ss.

34 Véase sentencia 1942 del 15 de julio de 2003 de la Sala Constitucional., *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 135 y ss.

35 *Idem,* p. 137.

En realidad, debe señalarse que esa potestad no sólo corresponde a la Sala Constitucional, sino a todos los tribunales de la República cuando actúen como juez constitucional, por ejemplo, al ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las leyes o al conocer de acciones de amparo. La pretensión de la Sala Constitucional de concentrar toda la justicia constitucional en nuestro criterio no se ajusta al Texto Fundamental y al sistema de justicia constitucional que regula, de carácter mixto e integral.

La posición de la Sala en esa sentencia, en todo caso, constituyó una inadmisible reacción contra los órganos jurisdiccionales de orden internacional en materia de derechos humanos, mediante la invocación del principio de la supremacía constitucional, pero ignorando la propia disposición constitucional que garantiza la prevalencia de las normas internacionales sobre derechos humanos si contienen disposiciones más favorables que las previstas en la propia Constitución. En ese orden de ideas, en la misma sentencia comentada la Sala señaló sobre su propia competencia, que:

> No puede quedar disminuida por normas de carácter adjetivo contenidas en Tratados ni en otros textos Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el país, que permitan a los Estados partes del Tratado consultar a organismos internacionales acerca de la interpretación de los derechos referidos en la Convención o Pacto, como se establece en el artículo 64 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, ya que, de ello ser posible, se estaría ante una forma de enmienda constitucional en esta materia, sin que se cumplan los trámites para ello, al disminuir la competencia de la Sala Constitucional y trasladarla a entes multinacionales o transnacionales (internacionales), quienes harían interpretaciones vinculantes.

Agregó la Sala, además, que a las decisiones de los organismos se les debe dar cumplimiento en el país, conforme a lo que establezcan la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen la supremacía constitucional (art. 7º); pero:

> Si un organismo internacional, aceptado legalmente por la República, amparara a alguien violando derechos humanos de grupos o personas dentro del país, tal decisión tendría que ser rechazada aunque emane de organismos internacionales protectores de los derechos humanos. Es posible que si la República así actúa, se haga acreedora de sanciones internacionales, pero no por ello los amparos o los fallos que dictaran estos organismos se ejecutarán en el país, si ellos resultan violatorios de la Constitución de la República y los derechos que ella garantiza[36].

II. EL PRINCIPIO DE LA FORMACIÓN DEL DERECHO POR GRADOS

El segundo principio fundamental del derecho público consagrado en la Constitución es el principio de la jerarquía de las normas o de la formación del derecho por grados, de particular interés para el derecho administrativo, dado que la actividad de la Administración, que por esencia regula, es siempre una actividad de carácter sublegal, es decir, de ejecución directa e inmediata de la legislación, y sólo de ejecución indirecta y mediata de la Constitución.

1. *La Constitución como fuente del ordenamiento jurídico y su sistema jerarquizado*

En efecto, en todos los ordenamientos jurídicos modernos puede encontrarse una distinción entre las normas que integran la Constitución en sí misma, como derecho positivo

[36] Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, p. 137.

superior, y las normas que son sancionadas por una autoridad con poderes derivados de la Constitución. En otras palabras, particularmente en aquellos sistemas con Constituciones escritas, siempre puede establecerse una distinción entre la norma constitucional y la legislación ordinaria; y luego, entre la legislación y las normas dictadas en ejecución de la misma; pudiendo decirse que las normas que integran el ordenamiento jurídico siempre se organizan deliberada o espontáneamente en forma jerárquica, de manera que existen normas en un nivel superior que siempre prevalecen sobre otras normas de nivel inferior.

De ello deriva, como se ha dicho, el segundo principio fundamental del derecho público en la Constitución de 1999: el de la formación del derecho por grados.

Este principio tiene su origen en la teoría de HANS KELSEN sobre el orden jurídico como sistema de normas de derecho, el cual constituye una unidad con la multitud de normas que lo integran porque está estructurado en forma jerarquizada. Ello permite determinar la relación jerárquica que existe entre el conjunto de normas o de reglas de derecho que forman el ordenamiento, de manera que cada norma del mismo normalmente deriva de otra, y esta cadena de derivaciones tiene su vértice precisamente en un *Grundnorm* o Constitución, que constituye la última razón que justifica la existencia de todas las normas del sistema.

El orden jurídico, para KELSEN, regula su propia creación, en el sentido de que una norma jurídica determina la forma en que es creada, de manera que:

> Cuando una norma jurídica es válida por haber sido creada en la forma establecida por otra, la última constituye la razón de validez de la primera. La relación entre la que regula la creación de otra y esta misma norma puede presentarse como un vínculo de supra y subordinación, siendo estas figuras del lenguaje de índole espacial. La norma que determina la creación de otra es superior a ésta; la creada de acuerdo con tal regulación, inferior a la primera. El orden jurídico, especialmente aquél cuya personificación constituye el Estado, no es, por tanto, un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen, por así decirlo, una al lado de otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles. La unidad de esas normas hallase constituida por el hecho de que la creación de la de grado más bajo se encuentra determinada por otra de grado superior, cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal *regressus* termina en la norma de grado más alto, o básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico[37].

En otras palabras, del mismo KELSEN:

> Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden, cuando en el análisis final su validez depende de una norma o ley única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden y que forma su unidad. En esta forma, una norma pertenece a un orden dado cuando sólo existe la posibilidad de hacer que su validez dependa de la norma fundamental que es la base de tal orden[38].

Esta "Teoría de la pirámide jurídica", como el mismo KELSEN la denominó[39], o de la formación escalonada del sistema jurídico[40], con la Constitución en la cúspide, fue desarro-

---

37 H. KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1958, p. 146; íd. *General Theory of Law and State,* Wedberg (trad.), 1901, pp. 110 y ss.

38 Id. *Teoría pura del derecho,* Buenos Aires, 1981, p. 135.

39 Id. *Teoría general del Estado*, Luis Legaz Lacambra (trad.), México, Editora Nacional, 1954, p. 325.

llada particularmente en el campo del derecho administrativo por ADOLF MERKL[41]; perteneciente a la misma llamada "Escuela de Viena", particularmente en relación con las funciones del Estado, de manera que la función administrativa siempre es de carácter sub legal, es decir, de ejecución directa de la legislación, y sólo indirecta de la Constitución. La teoría, en todo caso, proporciona un buen método de orden lógico para construir un sistema contentivo de los diversos niveles normativos del ordenamiento jurídico de cualquier Estado contemporáneo. También suministra una explicación lógica para determinar la validez formal de cada uno de esos niveles normativos.

En efecto, el derecho positivo de cualquier Estado consiste no sólo en las leyes como actos formales emanados del Parlamento, sino también en otros actos normativos, como los decretos leyes, los reglamentos y los principios generales del derecho. Todos estos preceptos que hacen que el ordenamiento jurídico se aplique en un momento determinado, no sólo tienen orígenes diferentes sino también diferentes jerarquías o grados distintos, de manera que no se pueden considerar como normas coordinadas situadas en yuxtaposición[42]. Al contrario, todo ordenamiento jurídico tiene una estructura jerarquizada con sus normas distribuidas en diferentes niveles, más o menos una sobre la otra. Dentro de esta jerarquía, necesariamente debe haber una conexión formal entre las normas, pues a pesar de sus orígenes y características diferentes están orgánicamente relacionadas.

En consecuencia, el ordenamiento jurídico no puede ser interpretado como un mero agregado de componentes inorgánicos y desordenados, o simplemente como una mera yuxtaposición causal de normas. Al contrario, para poder comprender a cabalidad el ordenamiento jurídico de un Estado, todos esos componentes deben organizarse en forma jerárquica, de manera que formen un sistema jurídico con diferentes tipos de normas unificadas y relacionadas. En otras palabras, deben responder a un orden sistemático, con relaciones de dependencia entre las diferentes partes, partiendo de la existencia de una base común de validez, con la forma de ley fundamental y superior (Constitución), de manera que la creación de una norma legal siempre se basa en otra norma legal.

Por ejemplo, la sanción de leyes ordinarias o actos del Parlamento está regulada por la Constitución[43]; y la potestad para reglamentar las leyes y la forma en que debe hacerse está regulada por las leyes formales. En cuanto a las decisiones judiciales y a las actuaciones de los tribunales, las mismas están sujetas a normas legales establecidas en leyes formales y en reglamentos. Asimismo, los actos administrativos están sometidos a las leyes ordinarias y a los reglamentos; y así sucesivamente.

Con este método, en consecuencia, en el análisis global del ordenamiento jurídico se puede establecer una distinción entre aquellos actos de Estado que se dictan en ejecución directa e inmediata de la Constitución, es decir, que son dictados directamente en ejercicio

---

40 Cfr. ROBERT WALTER, *La doctrina del derecho de Hans Kelsen*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 55 y ss.; JUAN CARLOS UPEGUI MEJÍA, "La teoría del escalonamiento normativo y la creación de normas constitucionales. Un análisis aplicado al caso colombiano" en LUIS VILLAR BORDA (comp.), *Hans Kelsen 1881-1973*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 175 y ss.

41 Cfr. ADOLF MERKL, *Teoría general del derecho administrativo,* Madrid, 1935, pp. 7 a 62. Cfr. también H. KELSEN, "La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)", *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger,* París, 1928, pp. 197 a 257.

42 Id., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 147.

43 Por ejemplo, la Sala Político Administrativa, en sentencia 733 del 30 de marzo de 2000 al referirse a las "leyes en sentido formal, es decir, aquellos actos generales y abstractos sancionados por un *cuerpo legislativo"*, entiende, "si se toma en cuenta la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico" que "las disposiciones de carácter legal se encuentran inmediatamente después del texto Constitucional", *Revista de Derecho Público*, n.º 81, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 216

de poderes constitucionales[44], y aquéllos cuya ejecución no está directamente relacionada con la Constitución y que se dictan en ejercicio directo de poderes establecidos en normas de derecho inferiores a la Constitución. Estos son actos de ejecución directa e inmediata de la legislación, y de ejecución indirecta y mediata de la Constitución.

2. *La formación del derecho por grados en la Constitución de 1999*

Este principio de la formación del derecho por grados es uno de los principios fundamentales del derecho público que adopta la Constitución de 1999, conforme al cual todas las actuaciones del Estado derivan de la ejecución de la Constitución como norma suprema "cúspide del ordenamiento jurídico"[45], en forma escalonada y sucesiva, configurándose entonces dos tipos de actividades estatales: aquéllas que derivan de la ejecución directa e inmediata de la Constitución, y aquellas que son de ejecución directa e inmediata de la legislación y, por tanto, de ejecución indirecta y mediata de la Constitución[46].

En efecto, partiendo de la consideración de la Constitución como norma suprema y como fundamento del ordenamiento jurídico, como lo declara incluso su propio artículo 7º, hay actividades que realizan determinados órganos del Estado en cumplimiento de atribuciones establecidas directa y exclusivamente en la Constitución, sin que exista o pueda existir otro acto estatal de ejecución directa e inmediata de la Constitución, como las leyes, que las regulen y que se interpongan entre la Constitución y la actividad. Por ejemplo, la actividad legislativa de la Asamblea Nacional o la actividad de gobierno del Presidente de la República. Además, hay otras actividades de los órganos del Estado que se realizan en cumplimiento de atribuciones establecidas no sólo en la Constitución sino básicamente en las leyes, donde por principio existe o puede y debe existir un cuerpo legislativo que las regule. Por ejemplo, la actividad judicial y, precisamente, la actividad administrativa.

El primer grupo de actividades, es decir, las realizadas en ejecución directa e inmediata de la Constitución, precisamente por ello sólo están y pueden estar sometidas a lo que dispone el Texto Fundamental, no teniendo competencia el legislador para regularlas mediante leyes[47]; en cambio, las actividades realizadas en ejecución directa e inmediata de la legislación, e indirecta y mediata de la Constitución, por eso mismo, además de estar sometidas al Texto Fundamental (como toda actividad estatal), están sometidas a las regulaciones establecidas, además de en la Constitución, en las leyes y en las otras fuentes del derecho.

Las actividades que se realizan en ejecución directa e inmediata de la Constitución, por otra parte, sólo están sometidas al control de constitucionalidad a cargo de la jurisdicción constitucional que corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo (arts.

---

44 Nos correspondió proponer en la Comisión Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente en septiembre de 1999, la incorporación al artículo 336,2 de la Constitución de 1999 de la expresión actos "dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución" a los efectos de precisar las competencias del Tribunal Supremo de Justicia en materia del control concentrado de la constitucionalidad.

45 Véase sentencia 833 del 25 de mayo de 2001 de la Sala Constitucional, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 373

46 Véase sobre el sistema jerarquizado o graduado del orden jurídico en el orden constitucional venezolano ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Derecho administrativo,* t. I, cit. pp. 373 y ss.; *Instituciones políticas y constitucionales*, t. I, "Evolución Histórica del Estado", cit., pp. 107 a 117.

47 Por ello, la Sala Constitucional, en sentencia 6 del 27 de enero de 2000, indicó que "dichas actuaciones tienen una relación directa con la Constitución que es el cuerpo normativo de más alta jerarquía dentro del ordenamiento jurídico en un Estado de Derecho contemporáneo", *Revista de Derecho Público*, No 81, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 212 y 215. Dichos actos, por tanto, ha dicho la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo en sentencia del 14 de septiembre de 1993 "desde el punto de vista de su rango, son equiparables a la ley"; citada en sentencia de la misma Sala 954 del 27 de abril de 2000, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 556 y ss.

334, 336,2 y 4); en cambio, las actividades que se realizan en ejecución directa de la legislación e indirecta de la Constitución, están sometidas al control de constitucionalidad y de legalidad que corresponde a las otras jurisdicciones del poder judicial, tanto a las ordinarias, como sucede con las apelaciones y la casación en lo que concierne a la actividad judicial, como a la contencioso administrativa y a la contencioso electoral (arts. 259 y 297) cuando se trata de actividades administrativas[48].

Las actividades administrativas, por tanto y por esencia, constituyen actividades estatales que se realizan siempre en ejecución directa e inmediata de la legislación y, por tanto, en ejecución indirecta y mediata de la Constitución; y precisamente por ello es que son esencialmente de carácter sublegal, aun cuando en un momento dado no se haya dictado la legislación correspondiente que las regule en concreto.

Sin embargo, este principio fundamental del constitucionalismo venezolano ha sido lamentablemente violentado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para justificar su supuesta competencia exclusiva para controlar la actividad administrativa desarrollada por el Consejo Supremo Electoral, en lo que se refiere a los actos administrativos dictados en relación con el proceso de referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República, realizado durante el año 2004, impidiendo así a la Sala Electoral (jurisdicción contencioso electoral) ejercer sus competencias constitucionales de control de dicha actividad[49].

En esta materia, lo que en ningún momento puede confundirse es el principio de aplicación directa de las normas constitucionales, antes analizado, es decir, el principio según el cual hay "normas constitucionales de aplicación directa e inmediata", como por ejemplo aquellas que atribuyen competencia a los órganos del Estado y aquellas que declaran derechos y garantías constitucionales, con el principio de "los actos que se dictan en ejecución directa e inmediata de la Constitución". Es decir, una cosa es el principio de la aplicación directa e inmediata de las normas constitucionales, que en materia de derechos fundamentales o de competencia de los órganos del poder público no requieren (pero no excluyen) la existencia previa de leyes para poder ser aplicadas, y otra cosa es el rango que tienen los diversos actos dictados por los órganos en ejercicio del poder público en relación con la Constitución, en el sentido de que algunos son dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (rango legal), no siendo posible su regulación por ley, y otros lo son en

---

48 Como lo ha señalado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia 1268 del 6 de julio de 2004 al referirse a los actos dictados por la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del propio Tribunal Supremo: "por cuanto no se trata, el que fue impugnado, de un acto del poder público que hubiere sido dictado en ejecución directa de la Constitución, sino en ejercicio de función administrativa y, por ende, de rango sublegal, no es la jurisdicción constitucional que ejerce esta Sala la que tiene competencia para su control. Por el contrario, y de conformidad con el artículo 259 de la Constitución, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de la demanda de nulidad que en su contra se formuló y así se decide", *Revista de Derecho Público*, n.º 99 y 100, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, p. 230.

49 Véase la sentencia de avocamiento 566 del 12 de abril de 2004, caso Julio Borges, César Pérez Vivas, Henry Ramos Allup, Jorge Sucre Castillo, Ramón José Medina y Gerardo Blyde *vs.* Consejo Nacional Electoral, con motivo de la impugnación de la Resolución 040302-131 del 2 de marzo de 2004 del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual dicho órgano informó sobre resultados preliminares de la verificación de las solicitudes y firmas en el procedimiento revocatorio iniciado en relación con el Presidente de la República, y de un instructivo del mismo Consejo Nacional Electoral sobre el tratamiento por el comité técnico superior de las firmas de caligrafía similar o renglones de planillas llenadas por la misma persona, Revista de Derecho Público, n.º 97 y 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 228 y ss Véanse los comentarios en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *La Sala Constitucional vs. El Estado democrático de derecho (El secuestro del poder electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política)*, Caracas, Ediciones Libros El Nacional, 2004, pp. 133 y ss.

ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución, pudiendo esencialmente ser regulados por la ley (rango sublegal)[50]. Por ello es que los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, es decir, de rango legal conforme a la teoría de la formación escalonada del orden jurídico, están sometidos al control de constitucionalidad por parte de la Sala Constitucional (jurisdicción constitucional), ya que no son actos en cuya emisión el órgano respectivo pueda estar condicionado por ley alguna[51]. En cambio, los de carácter sublegal están sometidos no sólo a la Constitución sino a la ley, el reglamento y las otras fuentes del derecho, y por eso es que su control corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa y, en su caso, a la jurisdicción contencioso electoral.

De lo anterior resulta que toda actividad administrativa es ante todo, desde el punto de vista formal, una actividad que siempre es de carácter sublegal, es decir, de ejecución directa e inmediata de la legislación (así las leyes reglamentarias correspondientes no se hayan dictado), y de ejecución indirecta y mediata de la Constitución. Por supuesto, también las actividades judiciales son siempre de carácter sublegal, siendo la diferencia entre una y otra actividad, de carácter orgánico, en el sentido que las actividades judiciales siempre las realizan órganos autónomos e independientes en ejecución de la función jurisdiccional, como lo son los órganos que ejercen el poder judicial.

3. *Los actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la constitución (actos de rango legal)*

De lo anteriormente indicado, como lo ha señalado la Sala Constitucional en sentencia 2.748 del 20 de diciembre de 2001:

> [La] calificación de acto dictado en ejecución directa de la Constitución, esta referida a la forma de cómo un determinado acto jurídico se articula con las normas constitucionales, es decir si su ejecución obedece en primer término a una disposición legal que regula su práctica o si deriva directamente de una norma constitucional que no requiere de ley alguna que regule el ejercicio del derecho o de la atribución que fundamenta el acto[52].

---

50 Lamentablemente, la Sala Constitucional en la citada sentencia 566 del 12 de abril de 2004, para impropiamente atribuirse una competencia que no tenía, confundió la noción de “actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución” con las “normas constitucionales de aplicación directa e inmediata”. Se insiste, los primeros, los actos de “ejecución directa e inmediata de la Constitución”, no sólo no requieren de ley alguna que los regule, sino que constitucionalmente no podría dictarse ley alguna que se interponga entre la norma constitucional y el acto estatal que se dicte. ídem.

51 Véase lo expuesto por la Sala Constitucional en el sentido de que de todos los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución caen bajo el control de la jurisdicción constitucional, en sentencia 357 del 11 de mayo de 2000. *Revista* de Derecho Público, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 447

52 Véase caso Fiscal General de la República *vs*. Consejo Nacional Electoral, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 390. Por ello, la Sala Constitucional en sentencia 32 del 26 de marzo de 2003, caso Desiré Santos A. *vs.* Consejo Nacional Electoral, al referirse al acto de convocatoria de un referendo dictado por el Consejo Nacional Electoral, y rechazar el pretendido rango legal que se le quería atribuir a los efectos de su régimen de impugnación y supuesta competencia de la Sala Constitucional, señaló que “Lo contrario sería considerar -como aparentemente pretende argüirse con este alegato-, que la instrumentación de cualquier institución, derecho o principio constitucional mediante el correspondiente acto de normación, constituye un acto de ejecución directa o inmediata de la Carta Fundamental, argumento que, llevado a sus más extremas consecuencias, conllevaría a concederle tal rango a prácticamente todo el ordenamiento jurídico, puesto que el mismo, en última instancia, constituye un mecanismo de aplicación o desarrollo de la normativa constitucional”, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, p. 490.

En consecuencia, en el ámbito nacional, son actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución los actos legislativos, los decretos leyes y los actos de gobierno.

Los actos legislativos son las leyes (arts. 187,1), es decir, los actos sancionados por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador (art. 203)[53]; y los actos parlamentarios sin forma de ley (actos privativos e *interna corporis*) (art. 187). Sobre estos, la Sala Constitucional ha señalado que entre "los actos con rango de ley (de ejecución directa en inmediata de la Constitución), distintas a las leyes nacionales, que sean dictados por la Asamblea Nacional":

> [Se] encuentran tanto los actos de instalación y funcionamiento de las sesiones de la Asamblea Nacional, subsumibles en la categoría de actos legislativos sin forma de ley, como el Reglamento Interior y Debates de la Asamblea Nacional, normativa de rango legal por el que se establece la organización interna del órgano legislativo Nacional y los procedimientos que internamente deben seguir sus integrantes para el desempeño de sus funciones, por ser ambas modalidades de actos legislativos (los primeros sin forma de ley y el último con forma de ley), resultado de la ejecución directa e inmediata de la Constitución por parte de la Asamblea Nacional[54].
>
> También pueden considerarse como actos con rango y valor de ley los decretos leyes o decretos con fuerza de ley dictados por el Presidente de la República previa autorización por una ley habilitante (arts. 203 y 236.8), los dictados en materia de organización ministerial (art. 236.20) y los dictados en estado de excepción (arts. 236.7 y 337).

Los actos de gobierno, por su parte, son los actos dictados por el Presidente de la República en ejercicio sólo de atribuciones constitucionales[55], y que por ello no pueden estar regulados o limitados por la Asamblea Nacional mediante leyes. Es el caso, por ejemplo, del nombramiento del Vicepresidente Ejecutivo, de la concesión de indultos, de la convocatoria de la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias, y de la disolución de la Asamblea Nacional (art. 236.3, 9, 19 y 21).

Por otra parte, debe indicarse que, conforme a la doctrina de la Sala Constitucional, al referirse a los "decretos leyes dictados por el Ejecutivo (artículo 336, numeral 10), producto de leyes habilitantes", ha señalado que dichos "actos con rango de ley, y como leyes son de igual naturaleza que la normativa dictada por la Sala Plena de este Tribunal Supremo de Justicia en el ejercicio del artículo 267 constitucional"[56] que se refiere al gobierno y administración del poder judicial.

---

[53] Sobre una noción absolutamente restrictiva de "ley" véase la sentencia 2353 del 23 de noviembre de 2001 de la Sala Constitucional, caso Impugnación de la Ordenanza de Impuestos sobre Juegos y Apuestas del Municipio Iribarren del Estado Lara, Revista de Derecho Público, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 387.

[54] Sentencia 2820 del 28 de octubre de 2003, caso Impugnación de la primera sesión extraordinaria de la Asamblea Nacional celebrada el 19 de diciembre de 2002 y de la Reforma Parcial del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional, publicada en *Gaceta Oficial* n.º 37.601, de fecha 2 de enero de 2003, y en *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, p. 514.

[55] ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Comentarios sobre la doctrina del acto de gobierno, del acto político, del acto de Estado y de las cuestiones políticas como motivo de inmunidad jurisdiccional de los Estados en sus Tribunales nacionales", *Revista de Derecho Público*, n.º 26, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1986, pp. 65 a 68.

[56] Véase sentencia 833 del 25 de mayo de 2001, caso Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao *vs.* Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 369 y ss.

Hasta ahora nos hemos referido a los actos nacionales de ejecución directa de la Constitución, pero lo cierto es que en el sistema constitucional de distribución vertical del poder Público, también las Constituciones y leyes estatales y las ordenanzas municipales, son actos de ejecución directa de la Constitución, pues "son actos del mismo rango que las leyes nacionales, por lo que no están subordinadas a éstas", respecto de lo cual, la Sala Constitucional en sentencia 3.347 de 3 de diciembre de 2003 (caso Impugnación de la Ordenanza sobre Pensiones y Jubilaciones del municipio José Antonio Páez del Estado Yaracuy) ha dicho que:

Constitucionalmente, en nuestro ordenamiento jurídico existen tres niveles de legislación, todos de idéntico rango: el nacional, el estadal[57] y el municipal. Así, las leyes nacionales, las leyes estadales y las ordenanzas municipales comparten jerarquía. Es ese mismo rango el que permite que todas esas normas sean impugnables ante la jurisdicción constitucional, que está a cargo de esta Sala. Por supuesto, el hecho de que se trate de actos de idéntico rango no significa que en determinados supuestos alguno de ellos no pueda sujetarse a otro. No es subordinación, pues no existe jerarquía: es la manifestación del respeto a las competencias constitucionales de cada ente[58].

4. *Los actos estatales dictados en ejecución indirecta y mediata de la constitución (actos de rango sub legal): los actos administrativos y los actos judiciales*

Pero, en la sistematización formal del ordenamiento jurídico, dentro de este sistema graduado de producción de normas, salvo los actos dictados en ejecución directa de la Constitución, las demás actividades del Estado, particularmente las administrativas, de control y judiciales, se ejercen, no en ejecución directa de las normas constitucionales, sino más bien en ejecución directa de la "legislación", es decir, de las leyes formales o los actos del Parlamento, incluso, de los actos de gobierno o los decretos leyes dictados por los órganos constitucionales competentes, a su vez en ejecución directa de la Constitución.

En esta forma, todas las actividades administrativas y judiciales originan actos dictados en ejecución directa e inmediata de la "legislación", y en ejecución indirecta y mediata de la Constitución, es decir, son actos de carácter sublegal. En consecuencia, y en particular para el derecho administrativo, los actos administrativos dictados en ejercicio de las diversas funciones del Estado son actos que por esencia tienen rango sublegal[59], por lo que no hay ni puede haber actos administrativos que se dicten en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

---

57 La expresión "estadal" y "estadales" es un neologismo (venezolanismo jurídico) destinado a identificar lo que concierne a los Estados de la federación; para distinguir lo que se refiere al Estado, expresión utilizada para identificar, sea la globalidad de los entes jurídicos que lo componen, o al Estado nacional (federal), caso en el cual su utiliza el término "estatal". Véase la "Exposición de Motivos del Proyecto de Constitución" de 1961, *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 21, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1961, p. 373.

58 Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, p. 121.

59 La Sala Constitucional en sentencia 266 del 25 de abril de 2000 ha considerado que los actos administrativos como actos de carácter sublegal son los "actos, normativos o no, dictados en ejecución directa de una ley y en función administrativa", *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 569

III. EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD (EL ESTADO DE DERECHO) Y LA SUPRANACIONALIDAD

Siguiendo la configuración que había establecido la Constitución de 1961[60], la Constitución de 1999 formalmente declaró al Estado venezolano como un Estado de derecho (además de democrático y social y de justicia) (art. 2º), lo que implica, ante todo, la necesaria sumisión de todas las actuaciones de los órganos del Estado al ordenamiento jurídico preestablecido[61], compuesto no sólo por la Constitución y las leyes, sino por el conjunto de reglamentos y normas dictados por las autoridades competentes. De ello deriva el tercer principio fundamental del derecho público que es el principio de la legalidad.

Sobre este principio, la Sala Constitucional en sentencia 271 de 25 de abril de 2000 ha puntualizado en efecto que "la subordinación al derecho de los actos del poder público debe entenderse frente a todo el ordenamiento jurídico, del cual forman parte los reglamentos, ordenanzas y demás actos normativos", recordando que:

La concreción de este principio de la legalidad aplicado a la Administración ha sido destacado en innumerables ocasiones por el máximo tribunal de la República. Así, en su oportunidad, la Corte Federal expresó al respecto lo siguiente:

> El Estado de Derecho de los regímenes democráticos no puede funcionar cabalmente con mengua del principio de la legalidad, según el cual todos los actos de la administración pública han de ser cumplidos o realizados dentro de las normas preestablecidas por la autoridad competente. (Decisión de 09-08-57, *Gaceta Forense*, 2ª Etapa, N° 17, pág. 132).

En otra decisión, la misma Corte Federal dejó sentado lo que sigue:

> Todas las actividades de la autoridad administrativa deben ceñirse a reglas o normas preestablecidas. De ahí el principio de legalidad de los actos administrativos, según el cual éstos carecen de vida jurídica, no sólo cuando les falta como fuente primaria un texto legal, sino también cuando no son ejecutados en los límites y dentro del marco señalado de antemano por la ley". (Decisión de 17-07-53, *Gaceta Forense*, 2° etapa, N° 1, p. 151)[62]

En efecto, este principio, en relación con los órganos de la Administración Pública adquiere importancia fundamental para el derecho administrativo, y le impone siempre a los órganos que la integran la obligación de actuar con arreglo a lo establecido en la ley y en las otras normas jurídicas que regulan su actividad[63]; y no sólo las establecidas por los ór-

---

60 Cfr. en general ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Cambio político y reforma del Estado en Venezuela. Contribución al estudio del Estado Democrático y Social de Derecho*, Madrid, Edit. Tecnos, 1975.

61 Cfr. ANTONIO MOLES CAUBET, "Estado y derecho (configuración jurídica del Estado)", en *Studia Jurídica*, n.º 1, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1957, pp. 257 a 340.

62. Véase caso José G. Rossi G. *vs*. Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo, de Menores y de Estabilidad Laboral del Estado Aragua, *Revista de Derecho Público* n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 413.

63. Cfr. ANTONIO MOLES CAUBET, "El principio de la legalidad y sus implicaciones", *Revista de la Facultad de Derecho,* nºs 50 y 51, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1972, pp. 67 a 100 y 85 a 124, respectivamente; trabajos que luego fueron publicados como *El principio de legalidad y sus implicaciones,* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1974. Cfr. además, ANTONIO MOLES CAUBET, "Implicaciones del principio de legalidad", en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, vol. II, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1970-1971, pp. 137 a 174; ELOY LARES MARTÍNEZ, "El principio de la legalidad aplicada a la Administración" (Discurso de incorporación como Individuo de Número), *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales,* Año XXXI, n.º 35, Caracas, 1967, pp. 45 a 92; HENRIQUE MEIER, "El principio de la legalidad

ganos del Estado, sino las que establezcan los tratados internacionales, particularmente en materia de derechos humanos, que, como se ha dicho, tienen rango constitucional e, incluso, supra constitucional; y las que emanen de órganos supranacionales, particularmente de la Comunidad Andina de Naciones.

1. *El ejercicio del poder público sometido al ordenamiento jurídico*

Como lo ha puntualizado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 85 del 24 de enero de 2002 (caso Deudores hipotecarios vs. Superintendencia de Bancos):

El poder se ejerce únicamente a través de normas jurídicas, por lo que la ley regula toda la actividad estatal y en particular la de la Administración; y parte de la esencia del concepto consiste en el control judicial de la legalidad desde lo que se va a considerar la norma suprema: la Constitución, la cual encabeza una jerarquía normativa, garantizada por la separación de poderes. Tal concepción está recogida en la vigente Constitución, donde toda la actividad estatal está regida por la ley: leyes que emanan del poder legislativo y otros poderes, y reglamentos que dicta el poder ejecutivo, sin que estos últimos puedan contradecir la letra o el espíritu de la ley; mientras que la constitucionalidad es controlada judicialmente mediante el control difuso o el control concentrado de la Constitución[64].

Por ello, este tercer principio fundamental del derecho público en la Constitución de 1999, es el de la sumisión de todos los órganos del Estado al derecho o a la legalidad, integrada ésta tanto por la norma suprema que es la Constitución (art. 7º) como por todas las demás fuentes del ordenamiento jurídico y que se aplican a los diversos órganos del Estado, conforme al principio antes referido de la formación del derecho por grados.

En tal sentido, el artículo 137 C. recoge la clásica fórmula de nuestro constitucionalismo, al establecer que "la Constitución y las leyes definen las atribuciones de los órganos que ejercen el poder público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen"; y el artículo 141, al precisar los principios que en particular rigen la Administración Pública, establece que sus órganos deben actuar "con sometimiento pleno a la ley y al derecho".

Por tanto, conforme a este principio de sumisión del Estado a la ley y al derecho, es decir, al principio de legalidad, todas las actividades de los órganos del Estado y de sus autoridades y funcionarios, deben realizarse conforme a la ley y dentro de los límites establecidos por la misma[65].

Pero por supuesto, "legalidad", en el derecho constitucional contemporáneo, no es sólo la sumisión a la "ley formal" como acto sancionado por el Parlamento, como sucedía en el siglo XIX con respecto a las acciones administrativas y como consecuencia del principio de la supremacía de la ley, sino que quiere decir sumisión al ordenamiento jurídico, incluyendo a la Constitución y a otras fuentes de derecho. Por eso, la Sala Constitucional en sentencia 488 del 30 de marzo de 2004 ha considerado que sobre:

> [El] principio de la legalidad, doctrinariamente se ha venido admitiendo que el mismo comporta un doble significado, a saber: la sumisión de los actos estatales a las disposiciones emanadas de los cuerpos legislativos en forma de ley; además, el sometimiento de todos los actos singulares, individuales y concretos, provenientes de una au-

administrativa y la Administración Pública", *Revista de Derecho Público*, n.º 5, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1981, pp. 45 a 56.

64 Véase en *Revista de Derecho Público* n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, p. 92.

65 Como lo ha indicado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia 1002 del 26 de mayo de 2004: "no existen actos de los órganos que ejercen el poder público que puedan desarrollarse al margen del derecho", *Revista de Derecho Público*, n.º 97 y 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, p. 146.

toridad pública, a las normas generales y abstractas, previamente establecidas, sean o no de origen legislativo, e inclusive provenientes de esa misma autoridad. De acuerdo a lo indicado, la legalidad representa la conformidad con el derecho, en otros términos, la regularidad jurídica de las actuaciones de todos los órganos del Estado[66].

Ahora bien, hay dos aspectos que deben retenerse de lo dicho anteriormente: en primer lugar, que el principio de legalidad, en el contexto del Estado de derecho, se refiere específicamente a todos los órganos y poderes del Estado, y no sólo a los que ejercen el poder ejecutivo o a la Administración Pública. En consecuencia, en un Estado con Constitución escrita, el órgano legislativo también está limitado por el "principio de legalidad", en el sentido de que sus actividades están constitucionalmente limitadas, por lo que también pueden ser objeto de control judicial o jurisdiccional.

En segundo lugar, que en la expresión "principio de legalidad" el concepto de "ley" debe entenderse en el sentido más amplio de "ordenamiento jurídico", y no en el sentido formal de acto emanado del Parlamento, por lo que comprende la Constitución en sí misma, las leyes formales y todas las otras normas del ordenamiento jurídico conformadas en un sistema legal que deriva de la Constitución en forma escalonada y jerarquizada.

En consecuencia, este principio de legalidad, principalmente en sistemas legales con constituciones escritas, implica por supuesto, no sólo que los órganos que ejercen el poder ejecutivo o más ampliamente que integran la Administración Pública estén sujetos a las normas de derecho, sino que los otros órganos del Estado, incluyendo los órganos legislativos, también estén sujetos a las normas de derecho. En consecuencia, lo que constituyen las normas de derecho en relación a cada órgano del Estado, varía y tiene un ámbito diferente dependiendo de la jerarquía o posición que tiene cada norma o acto del Estado en el sistema jurídico jerarquizado. Por ello, para el legislador, legalidad quiere decir constitucionalidad o sumisión a la Constitución, igual que para el Jefe de Estado con respecto a los actos de gobierno. En ambos casos, dichos actos se dictan en ejecución directa e inmediata de la Constitución, sin la interferencia de actos del Parlamento, en forma tal que sólo están subordinados a la Constitución, y no puede en general haber ley alguna que los condicione.

En todo caso, además de los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, en los sistemas legales graduados que han dado origen a los sistemas de control judicial de la constitucionalidad, es evidente que el principio de legalidad, por su ámbito, desempeña un papel mucho más importante en el segundo nivel de ejecución del ordenamiento jurídico, es decir, en aquellos actos del Estado dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación, y en ejecución indirecta y mediata de la Constitución. Aquí, que es el ámbito propio del derecho administrativo, el principio de legalidad se ha desarrollado en el pleno sentido de la palabra, particularmente con referencia a la Administración Pública, dando origen al control judicial de la legalidad de los actos administrativos (jurisdicción contencioso administrativa y jurisdicción contencioso electoral) y, por consiguiente, al propio derecho administrativo.

En cuanto a los órganos de los poderes judicial, ejecutivo, ciudadano o electoral, por tanto, el principio de legalidad tiene un sentido más amplio, pues incluye no sólo la Constitución sino también a todos los actos del Estado con carácter general y normativo y, particularmente, los de rango "legislativo". En estos se incluye, además de los actos del Parlamento o leyes formales, todos los demás actos del Estado dictados con la misma fuerza legal, como por ejemplo los decretos leyes y los actos de gobierno emanados del Jefe de

---

[66] Caso Impugnación de los artículos 11 y 91,29 de la Ley de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, *Revista de Derecho Público* n.º 97 y 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, p. 180.

Estado conforme a los poderes constitucionales. En el principio de legalidad relacionado con los poderes ejecutivo, ciudadano y electoral también se incluyen todas las demás normas legales que regulan y limitan la acción administrativa, así como los principios generales del derecho que deben ser observados por los órganos de la Administración Pública. De allí que, en los sistemas de derecho público contemporáneos, el principio de legalidad en relación con la actividad administrativa haya tenido una mayor importancia.

Por ello, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo en sentencia 1724 del 27 de julio de 2000 ha señalado:

> El principio de legalidad constituye el eje alrededor del cual se erige desde su nacimiento el Estado de Derecho, tal como lo califica el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al establecer que Venezuela constituye un *Estado democrático y social de Derecho y de Justicia.* Así, la sujeción de toda acción del poder público a la Ley General, esto es al bloque de la legalidad constituye la base que sustenta la validez del ejercicio de ese poder. Tal principio ha sido recogido por el artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, conforme al cual: *"La Constitución y la Ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el poder público, a los cuales deben sujetarse las actividades que realicen".*

En virtud de ello, el principio en referencia, por lo que respecta al ámbito de la Administración Pública, se produce a través de la atribución de potestades, que supone la constitución del título que habilita su actuación y define los límites del ejercicio del poder público, es decir, los órganos administrativos no pueden actuar más allá de los límites fijados por sus potestades, y es por eso que constituye un elemento fundamental en la organización administrativa. En efecto, como elemento de organización, es claro que las potestades son atribuidas en atención al órgano que habrá de ejercerlas y más ampliamente, en función de todo el marco de la organización de la Administración. En consecuencia, las potestades no son ni deben ser determinadas por el titular de un determinado cargo[67].

En consecuencia, en un Estado de derecho, el grado de sumisión de la Administración Pública al principio de la legalidad es de mayor ámbito que el de la sumisión a las normas de derecho por parte de los órganos constitucionales del Estado. La Asamblea o el Parlamento están sometidos a la Constitución e, incluso, el Jefe de Estado o de Gobierno, cuando dicta actos de gobierno sólo está sometido en general a la Constitución; mientras que los órganos y las autoridades administrativas están envueltos en un área de legalidad de mayor ámbito puesto que están sometidos a la "legislación", la cual ejecutan. Esta es la razón por la cual, en este campo, el principio de legalidad tomó el significado que normalmente tiene en relación a la actividad administrativa del Estado contemporáneo y al propio derecho administrativo.

La consecuencia de los principios de supremacía constitucional y de legalidad en Venezuela ha sido el establecimiento de un sistema jurídico de carácter universal y cerrado en materia de control judicial, en el sentido que ninguno de los actos estatales puede escapar al control del Tribunal Supremo de Justicia y de los demás tribunales que controlan la constitucionalidad (art. 336) y la legalidad de los mismos (arts. 259 y 297). El control judicial de los actos estatales conforme a la Constitución, por tanto, además de corresponder a

---

[67] Véase en *Revista de Derecho Público* n.º 83, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 105. Citada también en sentencia 1560 del 19 de julio de 2001 de la misma Sala Político Administrativa, *Revista de Derecho Público* n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 50.

las jurisdicciones ordinarias, en particular corresponde a la jurisdicción constitucional[68], a la jurisdicción contencioso administrativa y a la jurisdicción contencioso electoral[69].

2. *La incorporación del derecho comunitario al ordenamiento jurídico*

Pero el principio de legalidad no sólo somete a los órganos del Estado al ordenamiento jurídico establecido por el propio Estado o al contenido en tratados internacionales ratificados y aprobados por sus órganos, sino también al ordenamiento establecido por los órganos supranacionales en los procesos de integración económica, y que tienen aplicación directa e inmediata en el ámbito interno.

En tal sentido, en el artículo 153 C. 1999 puede decirse que el proceso de integración económica latinoamericano, y andino en particular, encontró fundamento constitucional en Venezuela. La precaria previsión del artículo 108 C. 1961, en nuestro criterio, impedía a Venezuela ingresar decididamente al proceso de integración sub regional[70], lo cual fue superado con la expresa previsión constitucional del texto de 1999[71].

En efecto, uno de los procesos de mayor importancia para el futuro de América Latina, sin duda, es el proceso de integración económica. Los Estados europeos lo diseñaron como la única vía para recomponer sus economías y, en consecuencia, mejorar la calidad de vida de sus habitantes. Para ello, después de la Segunda Guerra Mundial procedieron a la constitución de un bloque económico, a través del cual implementaron mecanismos de cooperación, facilitando el intercambio de bienes y servicios entre los Estados. Inicialmente el proceso de integración fue por sectores, razón por la cual en 1951 nació la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA) mediante la firma del Tratado de París, y posteriormente abarcó otros aspectos, a cuyo efecto se suscribieron, en 1957, los Tratados de Roma que crearon a la Comunidad Económica Europea (CEE) y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom).

En todo caso, y a pesar de tratarse de un proceso novedoso en el campo internacional, debe decirse que desde el punto de vista constitucional el proceso de integración europeo, ya en sus inicios como en todas sus fases, siempre fue precedido de un *reacomodo de las Constituciones de los Estados miembros* para permitirlo y posibilitarlo, de manera de evitar en lo posible todo conflicto, entre lo que ha significado jurídicamente la integración económica, la Comunidad Económica Europea y la Unión Europea, y lo previsto en las consti-

---

68 Cfr. en general ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, t. VI, "La justicia constitucional', cit. pp. 81 y ss.

69 Cfr. Ídem, *Instituciones políticas y constitucionales*, t. VII, "La justicia contencioso administrativa", San Cristóbal y Caracas, Universidad Católica del Táchira y Edit. Jurídica Venezolana, 1997; íd. *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativos,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 127 y ss.

70 Cfr. Idem, "Las exigencias constitucionales de los procesos de integración y la experiencia latinoamericana", Córdoba, *Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho,* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1999, pp. 279 a 317; ANTONIO SILVA ARANGUREN, "La aplicación directa de las normas andinas: el posible fin de una incertidumbre", en *Ensayos de derecho administrativo, Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca,* vol. II, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 713 a 761; JORGE L. SUÁREZ M. "La Constitución venezolana de 1999 y la integración regional", en *Estudios de derecho administrativo, Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, vol. II, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 439 a 471; CESAR S. GARCÍA URBANO, "Integración y Constitución", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, año LXVI, n.º 136, Caracas, 1999, pp. 153 a 170.

71 En tal sentido propusimos a la Asamblea Nacional Constituyente la incorporación de una norma expresa destinada a regular la materia (art. 153). Véase ALLAN R. BREWER-CARÍAS, Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente, t. I, 8 agosto-8 septiembre, cit., pp. 171 a 182.

tuciones de los Estados miembros; siendo las reformas constitucionales una exigencia y, a la vez, consecuencia lógica y necesaria para el avance de la integración[72].

En América Latina, el proceso de integración económica de más vieja data fue el iniciado en 1969, por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, con la suscripción del Acuerdo de Cartagena, al cual Venezuela se adhirió posteriormente en 1973. Mediante dicho Acuerdo los países miembros convinieron, entre otros objetivos, en la armonización de las políticas económicas y sociales, la aproximación de sus legislaciones en las materias pertinentes, la adopción de un arancel externo común y el desarrollo de un programa para la liberalización del intercambio comercial.

Sin embargo, en contraste con lo que sucedió en Europa, las constituciones de los países de América andinos, salvo el caso de Colombia, a comienzos del Siglo XXI aun no habían solucionado los problemas jurídicos que plantea el ingreso a procesos de integración económica de carácter comunitario. Por ello, en América Latina, el problema constitucional de la integración ha sido el problema jurídico más importante con necesidad de ser resuelto, pues sin su solución no pueden existir las bases jurídicas sólidas que requiere el proceso de integración regional.

Debe señalarse que el desarrollo de las Comunidades Europeas y de la Comunidad Andina ha implicado el surgimiento de una serie de instituciones que deben velar por el cumplimiento de los fines de la integración o "comunitarios", los cuales en más de una oportunidad pueden ser distintos e, incluso, opuestos a los de los Estados miembros. En esta forma, en el ámbito europeo nacieron la Comisión, el Consejo, el Parlamento y el Tribunal de Justicia europeos, ahora todos regulados en la Constitución Europea. En nuestro contexto, el Acuerdo de Cartagena creó a la Junta (hoy Secretaría General), la Comisión y el Tribunal de Justicia Andino.

Por otra parte, para garantizar la ejecución de los fines de la integración, progresivamente resultó indispensable que los países miembros transfirieran a los órganos comunitarios competencias originalmente reservadas por las constituciones nacionales a los órganos de los poderes nacionales. Así sucede por ejemplo con el establecimiento de un arancel externo común, que tiene que pasar a ser una competencia "comunitaria", no siendo posible, una vez establecido, que los países miembros puedan llegar a fijar aranceles distintos a los que establezca el órgano comunitario competente. Para ello es indispensable que, en casos como el señalado, los órganos del poder público nacional cedan sus competencias en esas determinadas materias a los órganos supranacionales.

Desde el punto de vista jurídico, la consecuencia fundamental del surgimiento de dichas instituciones supranacionales es el nacimiento de un nuevo derecho que viene a integrarse al ordenamiento jurídico interno: el derecho comunitario, conformado por el conjunto de tratados que originan la Comunidad y por las normas dictadas por los órganos comunitarios para garantizar el cumplimiento de los objetivos comunes fijados. La doctrina y la jurisprudencia europeas tradicionalmente han señalado que el referido derecho comunitario comprende, a su vez, el derecho comunitario originario, constituido por los tratados suscritos por los Estados miembros como actores del derecho internacional público y sus modificaciones, y el derecho comunitario derivado, integrado por el conjunto de normas de diverso rango emanadas de los órganos comunitarios o supranacionales creados.

El derecho comunitario, por lo tanto, es un derecho distinto, novedoso, que cabalga entre el derecho internacional y el derecho interno de cada país miembro. En todo caso, la vasta doctrina y jurisprudencia europea así como la andina, han dejado claramente definido

---

72 Cfr. en general ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1998.

el criterio de que para garantizar la aplicación uniforme del derecho comunitario en los países miembros es indispensable el cumplimiento de al menos tres requisitos: en *primer lugar*, la atribución o cesión de competencias propias de los órganos constitucionales de los Estados a los órganos comunitarios; en *segundo lugar*, la primacía del derecho comunitario y su exclusión del ámbito de los controles constitucionales internos de cada país; y, en *tercer lugar*, la aplicación directa en el ámbito interno de la normativa dictada por dichos órganos. Para ello, como lo enseña el ejemplo europeo, la única manera para garantizar el cumplimiento de los principios antes señalados en cada uno de los países miembros es que sus respectivas constituciones consagren expresamente, por una parte, la posibilidad de transferir competencias a órganos comunitarios y, por la otra, el efecto directo de dicha normativa en el ámbito interno como formando parte de la legalidad.

De ello resulta que no se puede llegar a desarrollar un régimen de integración económica efectivo, desconociendo o coartando en el orden interno el contenido y aplicación de los principios que rigen el derecho comunitario, a cuyo efecto las constituciones de los países miembros deben regular el tema. Por ello, si se analiza la experiencia europea se puede apreciar que todos y cada uno de los Estados de la actual Unión Europea consagraron en sus constituciones, previamente al ingreso a las Comunidades o a la Unión, la posibilidad de atribuir competencias que corresponden a los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales nacionales a órganos comunitarios, con la previsión expresa de aceptar limitaciones a su soberanía.

Además, a medida que se ha ido profundizando el proceso de integración europea, como ha sucedido con el reciente paso de la Comunidad Europea a la Unión Europea, y su consolidación a través de los tratados de Maastricht y de Amsterdam, la aprobación de estos instrumentos conllevó a que se realizaran reformas constitucionales (p. ej. en Alemania, Francia y España, países que tuvieron que proceder a realizar dichas modificaciones después de emitidas las decisiones de sus respectivos tribunales constitucionales que así lo impusieron) e incluso referéndum, (como fue el referéndum consultivo de Francia, o el de Dinamarca) en los Estados de la Unión. Lo mismo ocurrió en muchos países con la aprobación del Tratado de la Constitución Europea a partir de 2004, el cual, sin embargo, no fue aprobado en los referendos de Francia y de los Países Bajos realizados en 2005.

De lo anterior resulta, por tanto, que en Europa el problema jurídico de la integración *siempre ha encontrado solución en las normas constitucionales de los Estados miembros,* de manera que el derecho comunitario se fundamenta, en último término, en la Constitución de cada uno de ellos.

En Latinoamérica, con excepción de las constituciones de Argentina, Colombia y Paraguay, ninguna otra ha resuelto en forma clara y expresa la problemática de la transferencia de competencias a órganos comunitarios, sin lo cual resulta imposible concebir un régimen de integración.

En el caso de Venezuela, la Constitución de 1961 sólo contenía un artículo que hacía una referencia muy general al proceso de integración, como sólo podía suceder en 1961 cuando aun el proceso de supranacionalidad no había encontrado carta de naturaleza en Europa. Por ello fue que en 1999 se propuso a la Asamblea Nacional Constituyente la inclusión de una norma que resolviera definitivamente las deficiencias constitucionales de la posición de Venezuela en materia de integración latinoamericana, habiéndose aprobado en consecuencia el artículo 153, el cual dispone:

La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que aseguren el bienestar de los pueblos y la se-

guridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna.

De esta norma debe destacarse, por su importancia en materia de integración, en *primer lugar,* la aceptación por el orden constitucional de la creación de órganos supranacionales a los cuales se pueden atribuir competencias que la Constitución asigna a los órganos que ejercen el poder público, para que pueda existir un derecho comunitario; y *segundo lugar*, que las normas comunitarias dictadas por los órganos supranacionales no sólo tienen aplicación directa e inmediata en el ámbito interno, desde que se considera que son parte integrante del ordenamiento jurídico vigente, sino que tienen aplicación preferente en relación con las leyes nacionales que se les opongan. Así lo ha reconocido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia 2167 del 14 de septiembre de 2004 (caso Laboratorios Venezolanos LAVE y otros), al señalar que "según el artículo 153 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados que creen organizaciones comunitarias pueden prever la transferencia del poder legislativo nacional para ser entregado a órganos supranacionales", y que dicha disposición "establece que las normas que de ellos emanen tienen aplicación directa y preferente en el ámbito interno", por lo que consideró "perfectamente válido que el cuerpo legislativo nacional dé su aprobación incondicional a los acuerdos internacionales que prevean tal circunstancia"[73].

Por tanto, las decisiones de los órganos supranacionales comunitarios tienen aplicación inmediata en el país[74], incluyendo por supuesto a los órganos judiciales comunitarios.

---

73 Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 99 y 100, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 72 y ss.

74 Cfr. en general, JORGE L. SUÁREZ, "La Constitución venezolana y el derecho comunitario", en *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías,* t. III, Madrid, Universidad Central de Venezuela (Instituto de Derecho Público) y Thomson-Civitas, 2003, pp. 253 a 276; MARIANELLA ZUBILLAGA, "Los fundamentos del derecho comunitario y su soporte constitucional: la experiencia europea y andina", en *El derecho público a comienzos del siglo XXI*, t. III, cit. pp. 281 a 307; ALFONSO RIVAS QUINTERO, *Derecho Constitucional,* Valencia, Paredes Editores, 2002, pp. 292 y ss.; JORGE L. SUÁREZ M., "La Comunidad Andina, la responsabilidad del Estado y la Constitución venezolana", en *Estudios de derecho público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón,* vol. II, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 489 a 648; JORGE L. SUÁREZ M., "La Constitución venezolana de 1999 y la integración regional", en *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela,* vol. I, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 440 a 472; NELLY HERRERA BOND, "El derecho comunitario en la nueva Constitución", en *Comentarios a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Caracas, Vadell Hermanos, 2000, pp. 7 a 10; PATRICIA L. KEGEL, "Las constituciones nacionales y los procesos de integración económica regional", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Buenos Aires, Edit. Grancharoff, 2000, pp. 295 a 316; ELOÍSA AVELLANEDA SISTO, "Relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno en el marco del Acuerdo de Cartagena", en *Libro Homenaje a Antonio Linares,* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1999, pp. 440 a 472; EDUARDO CALIGIURI; JORGE PETIT, "Los principios de auto-ejecutividad e inmediatez de los tratados internacionales en materia de integración a la luz de la Constitución venezolana de 1999, en el marco de la Comunidad Andina de Naciones", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas,* n.º 122, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2001, pp. 153 a 168; FERNANDO DELGADO, "La integración económica y las industrias culturales", en *Libro Homenaje a Antonio Linares,* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1999, pp. 73 a 88; JUAN CARLOS SAINZ BORGO, "La regulación constitucional del proceso de Integración Andino", en *Libro Homenaje a Enrique Tejera París. Temas sobre la Constitución de 1999,* Caracas, Centro de Investigaciones Jurídicas (CEIN), 2001, pp. 241 a 271; JORGE L. SUÁREZ MEJÍAS, "Las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno en el Acuerdo de Cartagena. A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de

Sin embargo, sobre esto último relativo a las decisiones de los órganos judiciales comunitarios, se ha pronunciado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia 1492 del 15 de julio de 2003 (caso Impugnación de artículos del Código Penal sobre las llamadas leyes de desacato), partiendo de la premisa de que "Por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7º constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así lo señale, y que aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país". La Sala se refirió a los organismos internacionales que emiten verdaderos actos jurisdiccionales con el carácter de órganos supranacionales, y "cuyas decisiones de cualquier clase se ejecutan forzosamente en los países signatarios de los convenios que los crean, quienes al suscribirlos ceden en alguna forma su soberanía y de allí que la ejecución de los fallos sea incondicional", agregando lo siguiente:

Los artículos 73 y 153 constitucionales, contemplan la posibilidad que puedan transferirse competencias venezolanas a órganos supranacionales, a los que se reconoce que puedan inmiscuirse en la soberanía nacional.

Pero la misma Constitución señala las áreas donde ello podría ocurrir, cuales son -por ejemplo- las de integración latinoamericana y caribeña (artículo 153 *eiusdem*). Áreas diversas a la de los derechos humanos *per se*, y donde las sentencias que se dicten son de aplicación inmediata en el territorio de los países miembros, como lo apunta el artículo 91 de la Ley Aprobatoria del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Entiende la Sala que, fuera de estas expresas áreas, la soberanía nacional no puede sufrir distensión alguna por mandato del artículo 1 constitucional, que establece como derechos irrenunciables de la Nación: la independencia, la libertad, la soberanía, la integridad territorial, la inmunidad y la autodeterminación nacional. Dichos derechos constitucionales son irrenunciables, no están sujetos a ser relajados, excepto que la propia Carta Fundamental lo señale, conjuntamente con los mecanismos que lo hagan posible, tales como los contemplados en los artículos 73 y 336.5 constitucionales, por ejemplo.

Consecuencia de lo expuesto es que en principio, la ejecución de los fallos de los tribunales supranacionales no puede menoscabar la soberanía del país, ni los derechos fundamentales de la República.

Las decisiones pueden resultar obligatorias respecto a lo decidido, creando responsabilidad internacional por el incumplimiento (por ejemplo el artículo 87.7 de la Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional), pero nunca en menoscabo de los derechos contenidos en el artículo 1 constitucional, disminuyendo o enervando las competencias exclusivas de los órganos nacionales a quienes la Constitución atribuye determinadas competencias o funciones.

La Sala, sin embargo, en la misma sentencia aclaró, recurriendo al más clásico concepto de soberanía, que:

Mientras existan Estados soberanos, sujetos a constituciones que les crean el marco jurídico dentro de sus límites territoriales y donde los órganos de administración de justicia ejercen la función jurisdiccional dentro de ese Estado, las sentencias de la justicia supranacional o transnacional para ser ejecutadas dentro del Estado tendrán que adaptarse a su Constitución. Pretender en el país lo contrario sería que Venezuela renunciara a la soberanía [...]

Justicia del 10 de julio de 1990", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas,* n.º 100, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1996, pp. 295 a 420.

Afirma la Sala, como principio general, la preeminencia de la soberanía que sólo puede ser derogada por vía de excepción en casos singulares y precisos, ya que el sistema internacional dentro del cual vivimos, desde sus orígenes en el siglo XVI, tiene como principios existenciales los siguientes:

1) La coexistencia en el globo terráqueo de un conjunto de Estados soberanos por definición;
2) La existencia de un sistema jurídico generado entre ellos, cuyas normas solo son obligatorias en la medida en que no menoscaben dicha soberanía, aun cuando hayan sido adoptadas entre ellos voluntariamente.

Distinto es el caso de los acuerdos sobre integración donde la soberanía estatal ha sido delegada, total o parcialmente, para construir una soberanía global o de segundo grado, en la cual la de los Estados miembros se disuelve en aras de una unidad superior. No obstante, incluso mientras subsista un espacio de soberanía estatal en el curso de un proceso de integración y una Constitución que la garantice, las normas dictadas por los órganos legislativos y judiciales comunitarios no podrían vulnerar dicha área constitucional, a menos que se trate de una decisión general aplicable por igual a todos los Estados miembros, como pieza del proceso mismo de integración.

Por otra parte, dado que la sociedad internacional como sistema de Estados soberanos carece de órgano jurisdiccional central omnicompetente, las decisiones de los órganos judiciales internacionales existentes, institucionales o *ad hoc* (arbitrales), de carácter sectorial, para su ejecución en el Estado destinatario, no pueden obviar impunemente la soberanía nacional de estos. Esto significa que, para su ejecución, los fallos deben atravesar el sistema jurídico interno que, sólo en el caso de que la sentencia no vulnere principios y normas constitucionales, podría darle pasavante y proceder a su cumplimiento. En caso de menoscabo de la Constitución, es posible sostener que, aun en esta hipótesis, no hay lugar a responsabilidad internacional por la inejecución del fallo, por cuanto éste atenta contra uno de los principios existenciales del orden internacional, como es el debido respeto a la soberanía estatal[75].

IV. EL PRINCIPIO DE LA DISTRIBUCIÓN VERTICAL DEL PODER PÚBLICO: LA FORMA FEDERAL DEL ESTADO

El cuarto principio que condiciona al derecho público en la Constitución de 1999, deriva de la forma del Estado, como forma federal, consistente en el principio de la distribución vertical o territorial del poder público. Este principio tiene particular importancia para el derecho administrativo pues en un Estado federal como el que deriva de la distribución vertical del poder público, incluso podría distinguirse un derecho administrativo estadal y municipal (*Cuarta parte, § 12 y ss.*).

1. *La constante histórica del federalismo*

La forma "federal" del Estado ha sido la constante en el Estado venezolano durante toda su existencia desde 1811, lo que implica el reconocimiento de autonomías territoriales en el nivel intermedio, es decir, de los Estados federados y, antes de 1864, de las entonces denominadas provincias. En esa fecha, precisamente el triunfo de la revolución federal condujo a la adopción definitiva de la forma federal del Estado, que sustituyó a la fórmula mixta de 1830, la cual a la vez había sustituido a la "Confederación" de 1811; adoptándose

75 Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 138 y ss.

la denominación de la República como "Estados Unidos de Venezuela", la que se conservó hasta 1953.

Pero la Federación venezolana, a partir de 1901, cuando se produce el colapso del sistema de Estado federal liberal que se había instaurado en 1864, comenzó a ser una Federación centralizada, habiéndose centralizado el Estado en todos los órdenes[76]; habiendo continuado el centralismo estatal, a pesar del cambio político de 1946 y 1958, desarrollándose a partir de esa fecha la forma democrática de la Federación centralizada que hemos tenido desde las últimas décadas del siglo XX.

La gran transformación política que debió ocurrir con la Constitución de 1999 para afianzar la democracia era, por tanto, sustituir efectivamente la Federación centralizada por una Federación descentralizada[77]. Como lo ha señalado la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia 1037 del 1º de agosto de 2000 (caso Asociación de Propietarios y Residentes de la Urbanización Miranda [APRUM] *vs.* Alcaldía del municipio Sucre del Estado Miranda):

Un elemento fundamental dentro de lo que es la democracia, es la descentralización, no puede haber democracia sin descentralización, ese debe ser el apellido de la democracia. Estando cada vez más cerca de las comunidades quien toma las decisiones que los orienten o satisfagan sus necesidades es que exista una interacción entre los vecinos y la Administración[78].

Pero lamentablemente la descentralización, salvo en el verbalismo, no guió la reforma constitucional de 1999[79]. Es decir, grandes esfuerzos se hicieron en la materia, pero la reforma y profundización de la descentralización política como forma de perfeccionar la democracia, que debió ser el tema central del debate constituyente[80], no pasó del nominalismo expresado tanto en el Preámbulo como en el artículo 4.º que precisa que "La República Bolivariana de Venezuela es un Estado federal descentralizado en los términos consagrados por esta Constitución"; fórmula más o menos similar a la del artículo 2.º C. 1961 que decía que "La República de Venezuela es un Estado federal, en los términos consagrados por esta Constitución".

2. *El poder público distribuido territorialmente*

En todo caso, el artículo 136 C. 1999 organiza al Estado con forma federal mediante un sistema de "división vertical" del poder público en tres estratos o niveles: nacional, es-

---

76 Cfr. Tulio Chiossone, "Constitución centralista con ribetes federales", *Libro Homenaje a Rafael Caldera: Estudios sobre la Constitución*, t. I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1979, pp. 207 a 214; Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, t. I., "Evolución histórica del Estado", cit. pp. 351 y ss.; e íd. "El desarrollo institucional del Estado centralizado en Venezuela (1899-1935) y sus proyecciones contemporáneas", *Revista de Estudios de la Vida Local y Autonómica*, n.os 227 y 228, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1985, pp. 487 a 514 y 695 a 726, respectivamente.

77 Véase nuestra "Propuesta sobre la forma federal del Estado en la nueva Constitución: Nuevo federalismo y nuevo municipalismo" en Allan R. Brewer-Carías, Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente, t. I, cit., pp. 155 a 170; y t. II, cit., pp. 227 a 233.

78 Véase *Revista de Derecho Público*, n.º 83, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 394.

79 Cfr. Allan R. Brewer-Carías, "El 'Estado Federal descentralizado' y la centralización de la federación en Venezuela. Situación y perspectiva de una contradicción constitucional", *Revista de Estudios de la Administración Loca,* n.º 292-293, Madrid, Instituto de Administración Pública, 2003, pp. 11 a 43"; y en íd. *Constitución, democracia y control del poder*, Mérida, Universidad de Los Andes, 2004, pp. 111 y ss.

80 Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente originario y Asamblea Nacional Constituyente. Comentarios sobre la interpretación jurisprudencial relativa a la naturaleza, la misión y los límites de la Asamblea Nacional Constituyente,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1999, pp. 269 y ss.

tadal y municipal[81], atribuyendo su ejercicio a diversos órganos y asignando competencias exclusivas en los tres niveles, además de las competencias concurrentes entre ellos.

Se trata, sin duda, de una forma de limitación del poder en el Estado constitucional de derecho, tal y como lo ha identificado la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, al señalar en sentencia 1819 del 8 de agosto de 2000 (caso René Molina vs. Luis Miquelena):

La Constitución de 1999, limita el poder mediante la difusión de la autoridad tanto en el plano horizontal como en el vertical. Esto es, prefigura una distribución horizontal y vertical del poder público en la cual sus creadores proveyeron con relación al *thema decidendum* que nos ocupa, la *distribución* del poder público en el poder municipal, el poder estadal y el poder nacional y, la división del poder público nacional en poder legislativo, poder judicial, poder electoral y poder moral.

Esta limitación del poder por el poder mismo fundada en el temor a su excesiva concentración, persigue su sometimiento a la regla de derecho, limitando su actuación a las específicas atribuciones y funciones consagradas en la ley provocando así salvaguardia contra la tiranía y la libertad de los ciudadanos, lo cual se recoge expresamente en los artículos 136 y 137[82].

En la Constitución de 1999, incluso contrariamente a lo que establecía la Constitución de 1961, se formuló expresamente este principio de la distribución territorial del poder público[83], siguiendo la tendencia iniciada en el texto constitucional de 1858, que estableció que "El poder público se divide en nacional y municipal" (art. 9). Posteriormente, en la Constitución de 1901 se retomó la fórmula, expresándose que "El poder público se distribuye entre el poder federal y el poder de los Estados" (art. 29), lo que se repitió en todas las

---

81 Sobre la distribución vertical y horizontal del poder público, véase sentencia 355 de la Sala Constitucional del 11 de mayo de 2000, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 342 y ss.

82 Véase *Revista de Derecho Público*, n.º 83, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 264 y ss.

83 Cfr. en general, sobre el poder público y la forma del Estado, CARLOS LUIS CARRILLO ARTILES, "La composición del poder público en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela", *Libro Homenaje a Enrique Tejera París. Temas sobre la Constitución de 1999,* Caracas, Centro de Investigaciones Jurídicas (CEIN), 2001, pp. 51 a 76; C. KIRIADIS IONGHI, "Notas sobre la estructura orgánica del Estado venezolano en la Constitución de 1999", en *Temas de derecho administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani,* vol. I, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 1031 a 1082; HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ, "Las transformaciones fundamentales en la organización y dinámica del Estado derivadas de la Constitución de 1999", en *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani,* Volumen II, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 619 a 644; ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "La descentralización política en la Constitución de 1999: Federalismo y Municipalismo (una reforma insuficiente y regresiva)", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, año LXVIII, n.º 138, Caracas, 2001, pp. 313 a 359; publicado también en *Provincia. Revista Venezolana de Estudios Territoriales*, n.º 7, II Etapa, Mérida, Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales y Universidad de los Andes, 2001, pp. 7 a 92; íd. "Consideraciones sobre el régimen de distribución de competencias del poder público en la Constitución de 1999", en FERNANDO PARRA ARANGUREN y ARMANDO RODRÍGUEZ GARCÍA (eds), *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, t. I, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 107 a 136; íd., "Consideraciones sobre el régimen constitucional de la organización y funcionamiento de los poderes públicos", *Revista Derecho y Sociedad*, n.º 2, Caracas, Universidad Monteávila, 2001, pp. 135 a 150; RICARDO COMBELLAS, *Derecho constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela,* Caracas, Mc Graw Hill, 2001, pp. 121 y ss; CECILIA SOSA GÓMEZ, "La organización política del Estado venezolano: el poder público Nacional", *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 71 a 83; MARÍA V. ESPINA MOLINA y ORNELLA BERNABEI ZACCARO, "Nueva estructura del Estado venezolano", en *Comentarios a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela"*, Caracas, Vadell Hermanos, 2000, pp. 65 a 116; CÉSAR A. LOAIZA MOYETONES, "Los órganos del Estado", en *Derecho Constitucional. General y Particular. Actualizado con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del 24 de marzo de 2000,* t. I, Caracas, Universidad Santa María, pp. 151 a 175.

constituciones posteriores hasta la de 1925, en la cual se agregó al poder municipal, así: “El poder público se distribuye entre el poder federal, el de los Estados y el municipio” (art. 51). La norma se repitió en las constituciones posteriores hasta que en la de 1947 se invirtió la enumeración, así: “El poder público se distribuye entre el poder municipal, el de los Estados y el nacional” (art. 86), lo que se repitió en la de 1953 (art. 40). La Constitución de 1961 no utilizó la fórmula tradicional y se limitó a señalar que “Cada una de las ramas del poder público tiene sus funciones propias” (art. 118), aludiendo, sin duda, a las ramas nacional, estadal y municipal, pero sin enumerarlas. La Constitución de 1999 volvió a la fórmula tradicional[84], al disponer en su artículo 136 que “El poder público se distribuye entre el poder municipal, el poder estadal y el poder nacional”.

De esta norma se debe destacar, por una parte, el concepto de funciones del Estado[85], y por la otra, el concepto de fines del Estado expresamente definidos en el artículo 3.° C. Ambos conceptos originan dos principios fundamentales del derecho público en la Constitución con particular importancia para el derecho administrativo: el de las funciones del Estado y el del Estado social y democrático de derecho y de justicia; los cuales se estudian más adelante.

En el Texto constitucional, en todo caso, de acuerdo con el principio de la distribución vertical del poder, se pueden encontrar disposiciones que se refieren en general al poder público, las cuales, por tanto, rigen respecto de los órganos de los tres niveles territoriales nacional, estadal y municipal); y disposiciones específicamente destinadas a cada uno de esos niveles.

En todo caso, “los términos consagrados por la Constitución” relativos a la forma de Estado federal descentralizado son la clave para determinar efectivamente el grado de descentralización del Estado y, por tanto, de la Federación. En la Constitución de 1999, en realidad, y salvo en el nominalismo, no se avanzó mayormente en relación con lo que existía en el texto de 1961[86], habiéndose sólo constitucionalizado algunos aspectos que ya se habían establecido en la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del poder público de 1989, la cual, además, ya tenía rango de ley constitucional en lo que se refería a la transferencia a los estados de competencias del poder nacional[87].

En realidad, no hubo los avances y transformaciones necesarias para hacer realidad la descentralización de la Federación, como por ejemplo, era los cambios que se debían hacer en la distribución de los recursos tributarios hacia los Estados; y más bien se retrocedió institucionalmente al eliminarse el Senado y establecerse una Asamblea Nacional unicameral (art. 186)[88], y al permitirse la limitación por ley nacional de la autonomía de los estados (art. 162) y de los municipios (art. 168) lo que es negar, de entrada, la idea misma de des-

---

84 Véase nuestra propuesta para la inclusión de esta norma en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente),* t. II, cit., pp. 161 a 164.

85 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Instituciones políticas y constitucionales*, t. II., “El poder público: nacional, estadal y municipal”, San Cristóbal y Caracas, Universidad Católica del Táchira y Edit. Jurídica Venezolana, 1996, pp. 111 y ss.

86 Cfr. p. ej., RAFAEL J. CHAVERO GAZDIK, “La forma de Estado prevista en la Constitución de 1999 (¿Un canto de sirenas?)”, *Revista de Derecho Público,* n.º 81, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 29 a 39.

87 Cfr. CARLOS AYALA CORAO, “Naturaleza y alcance de la descentralización estadal” en ALLAN R. BREWER-CARÍAS et ál., *Leyes para la Descentralización Política de la Federación*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1994, pp. 99 y ss.; y ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999, pp. 122 y ss.

88 Cfr. MARÍA M. MATHEUS INCIARTE y MARÍA E. ROMERO RÍOS, “Estado federal y unicameralidad en el nuevo orden constitucional de la República Bolivariana de Venezuela”, en *Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche*, vol. I. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 637 a 675.

centralización política que está basada en el concepto de autonomía territorial, precisamente entre los entes políticos-territoriales.

En consecuencia, la denominación de "Federación descentralizada" para identificar la forma del Estado es, sin duda, un avance nominal, pero en los términos establecidos en la Constitución, lo que no significa realmente avance alguno, sino consolidación y mantenimiento parcial de reformas que se venían realizando desde 1989, con algunos retrocesos[89].

3. *Los principios del estado federal: la autonomía territorial y sus límites*

En efecto, toda Federación está montada sobre un principio de la distribución territorial del poder público que conforme al artículo 136 C. es "entre el poder municipal, el poder estadal y el poder nacional". La coherencia y unicidad del Estado y su organización política exige que dicha distribución del poder se rija, conforme lo indica el artículo 4.º C., "por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad". Es decir, la distribución territorial del poder público no puede, en forma ni caso alguno, atentar contra la integridad territorial de la República, cuyo territorio no puede en forma alguna ser afectado por el principio descentralizador, lo que impide cualquier intento separatista de parte de las entidades políticas que componen el Estado.

Por otra parte, la distribución del poder público entre la República, los estados y los municipios, en todo caso exige la cooperación entre los diversos niveles territoriales para alcanzar, en conjunto, los fines del Estado (art. 136); por ello, los principios de la concurrencia y corresponsabilidad de todos los entes públicos hacia los mismos fines superiores del Estado. Además, está el principio de la solidaridad entre las entidades políticas, de manera que los deberes de algunas de ellas que no puedan ser cumplidos, no excluyen la asunción de los mismos por las otras entidades políticas.

Pero en un Estado federal, como en todo sistema de distribución política territorial del poder público, la autonomía de las entidades territoriales es consustancial al sistema, y esta debe estar establecida como garantía, en la Constitución. Esta autonomía político territorial implica no sólo autonomía política (elección democrática de sus autoridades), sino además autonomía organizativa (organización de sus poderes públicos al dictar su Constitución), autonomía administrativa (inversión de sus ingresos), autonomía jurídica (no revisión de sus actos sino por los tribunales), autonomía normativa (regulación legislativa de las materias de la competencia de la entidad) y autonomía tributaria (creación, administración y control de sus tributos); y, en todo caso, que sus límites sólo deberían ser los establecidos en la propia Constitución como garantía de dicha autonomía, razón por la cual la ley nacional, en principio, no debería regular las materias de la competencia exclusiva de los estados. La Constitución de 1999, sin embargo, en esta materia sólo dispone que los estados son "entidades políticas autónomas en lo político" (art. 159); y que los municipios gozan de "autonomía dentro de los límites de esta Constitución y de la ley" (art. 168).

En todo caso, esta autonomía territorial implica, además, que en el ejercicio de sus respectivas competencias las entidades político territoriales no deberían estar sujetas a relación jerárquica ni a sujeción alguna entre ellas, ni de orden legislativo ni ejecutivo, con-

---

89 Cfr. en general, sobre la forma del Estado como "Federación descentralizada", ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "El Estado 'federal descentralizado" y la centralización de la federación en Venezuela. Situación y perspectiva de una contradicción constitucional", en íd. *Constitución, democracia y control del poder*, Mérida, Universidad de Los Andes, 2004, pp 111 y ss; íd. *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 158 y ss.; MARÍA V. ESPINA y ORNELLA BERNABEI ZACCARO, "Nueva estructura del Estado venezolano", en *Comentarios a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela"*, Caracas, Vadell Hermanos, 2000, pp. 65 a 116.

forme a lo que garantice la Constitución, salvo las excepciones que expresamente se establezcan en el Texto Fundamental.

Conforme a la orientación que tenía el texto constitucional de 1961, la Constitución de 1999 establece los principios generales de la organización del poder público estadal, conforme al principio de separación orgánica en dos poderes: el poder legislativo, a cargo de los consejos legislativos estadales cuyos miembros son electos por votación popular, directa y secreta; y el poder ejecutivo, a cargo de los gobernadores, cuya elección se estableció a partir de 1989 (arts. 160 y 162). Además, en la Constitución se prevé un órgano del poder público estadal con autonomía funcional que es la Contraloría del Estado, la cual puede ser configurada como poder contralor (art. 163). En igual sentido, respecto de los municipios también se establecen los principios generales de la organización del poder público municipal, conforme al principio de separación orgánica en dos poderes: el poder legislativo, a cargo de los Concejos municipales cuyos miembros son electos por votación popular, directa y secreta; y el poder ejecutivo, a cargo de los alcaldes (art. 174), cuya elección se estableció a partir de 1989. Además, en la Constitución se prevé un órgano del poder público municipal con autonomía funcional, que es la contraloría municipal (art. 176).

La Constitución, sin embargo, ha establecido importantes limitaciones a la autonomía de los estados; y una aun más grave limitación a la autonomía municipal, al circunscribirla no sólo a los límites establecidos en la Constitución, sino a los que pueda establecer la ley (art. 168), lo que es una negación a la misma, al carecer de garantía constitucional.

En cuanto a los límites constitucionales a la autonomía de los estados, se destacan las siguientes:

En *primer lugar*, las limitaciones a la autonomía organizativa respecto de la organización y funcionamiento de los consejos legislativos los cuales debían ser objeto de regulación en las constituciones que los estados pueden dictar conforme lo indica la Constitución nacional como parte de la organización de sus poderes públicos (art. 164.1). A pesar de ello, sin embargo, ha sido la propia Constitución de 1999 la que ha limitado esta autonomía al establecer que una *ley nacional* puede regular "la organización y funcionamiento" de uno de los poderes públicos estadales, como son los consejos legislativos estadales (art. 162). En ejecución de la norma constitucional, la Asamblea Nacional dictó en 2001 la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados[90] en la cual se ha regulado, en detalle, no sólo las bases y principios del régimen de organización y funcionamiento de los consejos legislativos de los estados, sino las regulaciones referidas a los legisladores; y más aun, las atribuciones de los consejos legislativos y los principios generales para el ejercicio de la "función legislativa" (art. 1.º), con lo cual la Asamblea Nacional se excedió incluso respecto de lo autorizado excepcionalmente en la Constitución.

En *segundo lugar*, se destacan las limitaciones al ejercicio de las funciones legislativas y de control por parte de los consejos legislativos, que la Constitución les asigna (art. 162.1); lo que se estableció en el propio texto constitucional, por ejemplo, en materia de tributos (arts. 167.5 y 156.13). Además, en cuanto a las competencias, las que son de carácter concurrente sólo pueden ejercerse por los Estados conforme a las "leyes de base" que dicte el poder nacional (art. 165); y en los otros casos de competencias exclusivas también están sujetos a lo establecido en la ley nacional, como sucede en materia de policía estadal que sólo puede ejercerse conforme a la legislación *nacional* aplicable (art. 164.6). Pero además, como se indicó, la Asamblea Nacional, sin tener autorización constitucional algu-

---

90 *Gaceta Oficial* n.º 37.282 del 13 de septiembre de 2001. Cfr. Mariela de Jesús Morales Soto, "El régimen jurídico aplicable a los consejos legislativos de los estados", *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 15, Caracas, Edit. Sherwood, 2002, pp. 193 a 205.

na para regular el ejercicio de la "función legislativa" o la función de control por parte de los consejos legislativos de los Estados, en la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados de 2001 estableció con todo detalle el procedimiento para la formación de las leyes estadales, lo que debía ser regulado en las constituciones de los estados.

En *tercer lugar*, está la limitación a la autonomía organizativa en cuanto al régimen de la organización y funcionamiento del poder ejecutivo estadal y de la Administración Pública de los estados, el cual está establecido como régimen general en el conjunto de regulaciones constitucionales relativas a la Administración Pública y a la función pública, que se aplican por igual a los tres niveles territoriales de gobierno (arts. 141 y ss.) y las cuales, por tanto, escapan de la posibilidad de regulación por los consejos legislativos estadales en las constituciones de los Estados.

En *cuarto lugar*, también se destacan las limitaciones a la potestad organizativa referida al poder ciudadano estadal, es decir, la regulación en las constituciones estadales de las contralorías de los estados, cuyos titulares deben designarse mediante concurso público (art. 163). En esta materia también se ha producido una intolerable y no autorizada limitación a la autonomía organizativa de los Estados, al dictarse por la Asamblea Nacional la Ley para la Designación y Destitución del Contralor o Contralora del Estado de 2001[91], con el objeto de establecer los conceptos y procedimientos generales, básicos y orientadores que regulan el proceso de designación y destitución del Contralor (art. 1.º).

En *quinto lugar*, está la limitación a la potestad organizativa estadal relativa a los "consejos de planificación y coordinación de políticas públicas" regulados en el artículo 166 constitucional. La "ley" conforme a la cual debían funcionar estos consejos debía ser la que dictase cada consejo legislativo estadal. Sin embargo, en este caso, la Asamblea Nacional también ha dictado la Ley de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas de 2002[92] con el objeto de crear, organizar y establecer las competencias del consejo estadal de planificación y coordinación de políticas públicas que debe funcionar en cada Estado, como órgano rector de la planificación de las políticas públicas, a los fines de promover el desarrollo armónico, equilibrado y sustentable (art. 1.º). En esta materia, de nuevo, se produjo un vaciamiento no autorizado de las competencias legislativas de los Estados, lesionándose su autonomía.

En cuanto a los municipios, de acuerdo con el artículo 168 de la Constitución, dichas entidades gozan de autonomía "dentro de los límites de esta Constitución y de la Ley", estableciéndose así una limitación inusitada que hace materialmente nugatoria la autonomía político territorial, que sólo debería encontrar límites en la Constitución, pero no en la ley[93]. Conforme a esta norma, que no tiene antecedentes en el constitucionalismo del país, la ley (que podría tanto ser nacional como estadal) puede limitar la autonomía municipal, la cual por tanto perdió su garantía constitucional (*Cuarta parte § 14*). Sin embargo, conforme lo establecía la C. de 1961, el artículo 168 C. 1999 dispone que los actos de los municipios no pueden ser impugnados sino ante los tribunales competentes, de conformidad con la Constitución y la ley; por lo que no pueden ser revisados, en forma alguna, por los órganos del poder nacional ni de los estados.

---

91 *Gaceta Oficial* n.º 37.303 del 15 de octubre de 2001.

92 *Gaceta Oficial* n.º 37.509 del 20 de agosto de 2002.

93 Cfr. José L. Villegas Moreno, "La autonomía local y su configuración en la Constitución venezolana de 1999", en *El derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías,* t. I, cit. pp. 715 a 729.

En todo caso, debe enfatizarse el señalamiento de que la autonomía municipal, tradicionalmente garantizada en la propia Constitución, conforme al espíritu centralizante de la misma ahora se encuentra interferida al señalarse que los municipios gozan de la misma, no sólo "dentro de los límites" establecidos en la Constitución, sino en la ley (art. 168), con lo cual el principio descentralizador básico, que es la autonomía, quedó minimizado.

V. EL PRINCIPIO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL ESTADO Y LAS PERSONAS JURÍDICAS ESTATALES

La consecuencia del principio de la distribución vertical del poder público es que el Estado está conformado por diversas entidades político territoriales que actualizan la personalidad jurídica del Estado. El Estado, por tanto, en el ámbito interno no es una persona jurídica, sino que está conformado por varias personas jurídicas estatales.

En el único ámbito en el cual el Estado es una persona jurídica única, en realidad, es en el ámbito de las relaciones jurídicas internacionales. Es decir, conforme a la Constitución de 1999, el Estado (arts. 2, 3 y 4) venezolano, como "República Bolivariana de Venezuela" (arts. 1 y 6), donde realmente goza de personalidad jurídica es en el ámbito de la comunidad internacional, que es donde se puede hablar del Estado como persona jurídica (arts. 152 a 155); en cambio, como se ha dicho, en el ámbito interno, el "Estado" como tal no es una persona jurídica, sino un conjunto de personas jurídicas que son las personas jurídicas estatales, y cuyo embrión surge del sistema constitucional que se ha establecido para la distribución vertical o territorial del poder público, como "Estado federal descentralizado" (art. 4), el cual como se ha dicho, da origen a la República, a los estados y a los municipios. Por ello, el Estado no se puede confundir con la República[94], y menos aun cuando la Constitución usa la palabra "Estado", como lo decía la misma Exposición de motivos de la Constitución de 1961, para conceptuar "la organización política y jurídica representada por el poder público frente a las actividades privadas"[95]. La Constitución de 1999, sin duda, sigue el mismo criterio al regular el Estado federal y la distribución vertical del poder público.

En consecuencia, en Venezuela, tratándose de un Estado con forma federal, conforme al cual "el poder público se distribuye entre el poder municipal, el poder estatal y el poder nacional" (art. 136 C.), el "Estado" está básicamente conformado por un conjunto de personas jurídicas que conforman la organización política en el territorio como son la República, los estados y los municipios, y por otras personas jurídicas estatales producto de la descentralización política y funcional (*Segunda parte, § 5*).

El Estado, por tanto, se insiste, no es una persona jurídica en el ámbito interno; lo que existen son muchas personas jurídicas que actualizan su voluntad y que son las personas jurídicas estatales, las cuales en definitiva conforman el Estado. Estas personas jurídicas estatales, como sujetos de derecho cuyos órganos conforman la Administración Pública, son las que constituyen objeto de regulación por parte del derecho administrativo porque finalmente, son las que establecen las relaciones jurídico administrativas con los otros sujetos de derecho y los administrados. Por ello, el quinto principio fundamental del derecho

---

94 En este error incurrió, muy impropia y lamentablemente, la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. Véase sentencia del 20 de enero de 1983, *Revista de Derecho Público* n.º 13, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1983, pp. 160 y ss. Véase los comentarios críticos a dicha sentencia en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Estado de derecho y control judicial,* Madrid, Instirtuto Nacional de Administración Pública, 1985, pp. 571 y ss.

95 Exposición de motivos de la Constitución de 1961, *Revista de la Facultad de Derecho,* n.º 21, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1961, p. 373.

público en Venezuela es el que se refiere a la personalidad jurídica del Estado y a las personas jurídicas estatales.

Las personas jurídicas estatales, sin embargo, no tienen una sola forma jurídica, sino que pueden tener la forma jurídica de derecho público o la forma jurídica de derecho privado, según se constituyan mediante mecanismos de derecho público regulados en la propia Constitución o en las leyes, o mediante los mecanismos regulados en el derecho privado, particularmente en el Código Civil.

En el derecho público venezolano, por tanto, hay dos clasificaciones de las personas jurídicas: por una parte, las personas estatales y no estatales, según su integración o no a la organización general del Estado o sector público (*Segunda parte, § 7*); y por la otra, las personas jurídicas de derecho público y de derecho privado, según la forma jurídica adoptada para su creación[96] (*Segunda parte, § 6*); clasificaciones que han sido acogidas por la Constitución de 1999[97].

En efecto, el artículo 145 del Texto fundamental al establecer la inhabilitación de los funcionarios públicos para celebrar contratos con entes que conforman el sector público, se refiere a los municipios, los estados, la República "y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales". De esta norma, lo que a los efectos de este principio interesa destacar en relación con los funcionarios de las personas jurídicas estatales y la celebración de contratos públicos es la doble distinción señalada que en ella se establece respecto de las personas jurídicas: por una parte, entre las personas jurídicas de derecho público y las personas jurídicas de derecho privado; y por la otra, entre las personas jurídicas estatales y las personas jurídicas no estatales. La prohibición de contratar que se impone a los funcionarios públicos, por supuesto, es con las personas jurídicas estatales, cualquiera que sea la forma jurídica que tengan, de derecho público o de derecho privado.

Estas dos clasificaciones o distinciones respecto de las personas jurídicas se recogen, además, en otras normas constitucionales: en cuanto a las personas jurídicas de derecho público y de derecho privado, en el artículo 322 C. cuando, al señalar que la seguridad de la Nación es competencia esencial y responsabilidad del Estado, indica que aquélla se fundamenta en el desarrollo integral de la Nación y que su defensa es responsabilidad de los venezolanos y de las "personas naturales y jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado" que se encuentren en el espacio geográfico nacional. Por otra parte, en los artículos 159 y 168, en los cuales se determina expresamente la personalidad jurídica respecto de los estados y municipios como personas jurídicas de derecho público territoriales; en los artículos 142 y 189.1, en los cuales se regula a los institutos autónomos como personas jurídicas de derecho público institucionales, y en el artículo 318, el cual califica expresamente al Banco Central de Venezuela como "persona jurídica de derecho público".

---

96 Véase nuestro criterio sobre estas clasificaciones, ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido actual de la clasificación de los sujetos de derecho", *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, n.º 12, Buenos Aires, 1977, pp. 15 a 29; publicado también en *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 57, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1976, pp. 115 a 135; e íd., en *Fundamentos de la Administración Pública*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1980, pp. 223 a 248.

97 Véase nuestra propuesta para incorporar en el texto de la Constitución estas clasificaciones y la terminología sobre personas jurídicas estatales y personas jurídicas de derecho público, en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, t. II, cit. pp. 169 y ss. Sobre la distinción en la Constitución, cfr. íd., "Sobre las personas jurídicas en la Constitución de 1999" en *Derecho Público Contemporáneo. Libro Homenaje a Jesús Leopoldo Sánchez*, vol. I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2003, pp. 48 a 54; "El régimen de las personas jurídicas estatales político territoriales en la Constitución de 1999, en *El Derecho constitucional y público en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*, t. I, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello y Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, 2003, pp. 99 a 121.

En cuanto a la integración de las personas jurídicas a la organización general del Estado o al sector público, es decir, a las personas jurídicas estatales, el artículo 190, al regular las incompatibilidades de los diputados a la Asamblea Nacional, entre otros aspectos, dispone que los mismos no pueden ser propietarios, administradores o directores de empresas "que contraten con personas jurídicas estatales". Por otra parte, en el artículo 180, al regular la inmunidad tributaria de los entes o personas jurídicas político territoriales (República, estados y municipios) entre sí, se señala que la inmunidad frente a la potestad impositiva de los municipios a favor de los demás entes político territoriales "se extiende sólo a las personas jurídicas estatales creadas por ellos". Además, el artículo 289, al regular las atribuciones de la Contraloría General de la República, precisa la competencia de este órgano para realizar inspecciones y fiscalizaciones respecto de "las personas jurídicas del sector público".

De toda esta normativa constitucional deriva, por tanto, como ya hemos señalado, que la expresión genérica de "Estado" comprende a todas las personas jurídicas que en el orden interno y en la organización política del Estado federal se consideran como parte del mismo, conforme a los tres niveles de distribución territorial del poder público: nacional, estadal y municipal.

Se establecen así, en la Constitución, como hemos indicado, dos clasificaciones respecto de las personas jurídicas: la *primera,* distingue entre las personas jurídicas estadales, que forman parte de la organización general del Estado en sus tres niveles territoriales o, si se quiere, del sector público, y las personas jurídicas no estatales, que no forman parte del Estado o del sector público; y la *segunda*, distingue, según la forma jurídica que adoptan las personas jurídicas, entre personas jurídicas de derecho público, como por ejemplo, los institutos autónomos; y personas jurídicas de derecho privado, como las sociedades anónimas del Estado (empresas del Estado o empresas públicas conforme las denominan los arts. 189.1 y 184.4, respectivamente, de la Constitución).

VI. EL PRINCIPIO DE LA SEPARACIÓN ORGÁNICA DE PODERES: LA DIVISIÓN HORIZONTAL DEL PODER PÚBLICO

1. *La penta división del poder público nacional*

El *sexto principio* del derecho público en la Constitución de 1999 es el de la división horizontal o separación orgánica de poderes[98], que origina órganos independientes y autónomos entre sí, que ejercen las diversas ramas del poder público: legislativa, ejecutiva, judicial, ciudadana y electoral.

La Constitución de 1999, en efecto, adoptó un novedoso sistema de separación orgánica del poder público nacional, al hacerlo entre cinco poderes, agregando a los tradicionales poderes legislativo, ejecutivo y judicial dos nuevos, los poderes ciudadano y electoral[99]. Por tanto, en el nivel nacional se distinguen cinco ramas del poder público: el poder legislativo nacional, el poder ejecutivo nacional, el poder judicial, el poder ciudadano y el poder electoral, correspondiendo su ejercicio a cinco complejos orgánicos diferenciados y sepa-

[98] Cfr. en general, MANUEL GARCÍA PELAYO, "La división de poderes y la Constitución Venezolana de 1961", en *Libro Homenaje a Rafael Caldera: Estudios sobre la Constitución*, t. III, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1979, pp. 1403 y 1420; HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ, "La separación de los poderes en Venezuela", en *Libro Homenaje a Rafael Caldera: Estudios sobre la Constitución*, ibíd., pp. 1369 a 1403.

[99] Véase el comentario en la sentencia 149 del 25 de octubre de 2000 de la Sala Electoral, caso Tulio Pacheco O. *vs.* Asociación Venezolana de Cultivadores de Tabaco, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 349.

rados. Estos son, respectivamente, la Asamblea Nacional; el Presidente, sus ministros y el resto de los órganos del denominado "Ejecutivo nacional"; el Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales de la República, así como la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y los otros órganos de gobierno y administración del poder judicial; el Ministerio Público o Fiscalía General de la República, la Contraloría General de la República y la Defensoría del Pueblo; y el Consejo Nacional Electoral, sus comisiones y juntas. Estos cinco conjuntos orgánicos se encuentran separados, son autónomos e independientes entre sí, y cada uno de ellos tiene sus competencias constitucionales y legales específicas[100].

La otrora clásica división del poder entre las ramas legislativa, ejecutiva y judicial sin duda se había roto en el constitucionalismo moderno desde el siglo XX, de manera que en general el poder público se ejerce, además de por los órganos que componen las tres clásicas ramas, por otra serie de órganos que progresivamente han sido constitucionalizados y dotados de autonomía funcional, y que, en el caso de Venezuela, ahora han sido erigidos en ramas formales del poder público[101]. Es el caso del poder ciudadano, que integra los ya clásicos órganos constitucionales de control (art. 273), como la Contraloría General de la República (art. 267), el Ministerio Público (art. 284) y la Defensoría del Pueblo (art. 280); y del poder electoral, que ejerce el Consejo Nacional Electoral (art. 293). En la Constitución de 1999, en todo caso, se eliminó el Consejo de la Judicatura, que también era un órgano constitucional con autonomía funcional, atribuyéndose ahora las funciones de gobierno y administración de la rama judicial al Tribunal Supremo de Justicia (art. 267).

La separación orgánica de poderes, particularmente en cuanto a las relaciones entre los mismos a los efectos de la conducción política de la sociedad, configura en la Constitución un sistema presidencial de gobierno, conforme a la tradición latinoamericana, pero con sujeción parlamentaria[102]

Es de destacar, en todo caso, que la clave de funcionamiento de un sistema de separación orgánica de poderes[103], es la autonomía e independencia entre los poderes, características que en la Constitución de 1999 resultan seriamente afectadas, entre otras, por las siguientes regulaciones: el Tribunal Supremo de Justicia tiene competencia para decretar la destitución del Presidente de la República (art. 233); el Presidente de la República puede disolver la Asamblea Nacional (arts. 236.21 y 240), y la Asamblea Nacional puede remover a los magistrados del Tribunal Supremo (art. 265), al Contralor General de la Repúbli-

---

[100] Cfr. en relación con la Constitución de 1999, HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ "Las transformaciones fundamentales en la organización y dinámica del Estado derivadas de la Constitución de 1999", en *Temas de derecho administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, vol. II, cit. pp. 619 a 643; JORGE C. KIRIAKIDIS LONGHI, "Notas sobre la estructura orgánica del Estado venezolano en la Constitución de 1999", Ibíd., pp. 1031 a 1082.

[101] Conforme lo ha señalado la sentencia 3098 de 13 de diciembre de 2004 de la Sala Constitucional, caso nulidad artículos Ley Orgánica de la Justicia de Paz, la "redistribución orgánica del poder público" que establece la Constitución obedece, "según la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999, a la necesidad de otorgar independencia y autonomía funcional a los órganos que están encargados de desarrollar determinadas competencias, especialmente las de ejecución de "*procesos electorales, así como el de la función contralora y la defensa de los derechos humanos".* Véase en *Gaceta Oficial* n.º 38.120 del 2 de febrero de 2005, y en *Revista de Derecho Público*, n.º 99 y 100, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 142 y ss.

[102] Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, cit., t. I, pp. 437 y ss. No es correcta la calificación que se hace en la Exposición de Motivos de la Constitución sobre el sistema de gobierno venezolano como un "sistema semipresidencial". Véase el texto en ibíd., t. II, p. 1146.

[103] Sobre el principio de separación de poderes y de colaboración entre los poderes véase la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 1 de junio de 2000, caso Julio Rico A. *vs.* Juzgado Vigésimo Segundo de Primera Instancia en lo Penal y de Salvaguarda del Patrimonio Público de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 415.

ca, al Fiscal General de la República, al Defensor del Pueblo (art. 279) y a los integrantes del Consejo Nacional Electoral (art. 296). La independencia de los poderes, con estas regulaciones, no tiene garantía constitucional alguna.

2. *La división de los poderes públicos estadales y municipales*

Pero el principio de la separación orgánica de poderes en forma horizontal no sólo se ha establecido en el nivel nacional, sino también en los niveles estadal y municipal. En los estados de la Federación, en efecto, como se ha dicho, se distinguen básicamente dos complejos orgánicos que ejercen respectivamente el poder legislativo y el poder ejecutivo, conformados por los consejos legislativos de los estados y por sus gobernadores (arts. 160 y 162), por lo que la Administración Pública estadal está integrada, en principio, en las gobernaciones de estado. En los estados, además, hay que indicar que la Constitución ha previsto la existencia de unos órganos con autonomía orgánica y funcional (art. 163), que ejercen el poder estadal aun cuando la Constitución no los califique como tal poder, como son las contralorías estadales. Esos órganos de control, sin duda, también forman parte de la Administración Pública estadal, pese a que, por supuesto no forman parte de la Administración Pública *central* de los estados, la cual depende de las gobernaciones estadales (*Cuarta parte, § 12*).

Además, en el nivel municipal, la Constitución también ha establecido un sistema de separación orgánica de poderes, distinguiéndose dos complejos orgánicos que ejercen los poderes legislativo y ejecutivo locales, conformados, respectivamente, por los Concejos municipales, como órganos colegiados que ejercen la función normativa (legislativa) a nivel local; y los alcaldes, a quienes corresponden las actividades de gobierno y administración municipal (arts. 174 y 175)[104]. A nivel municipal, por tanto, la Administración Pública *central* como complejo orgánico depende de los alcaldes. Pero debe indicarse, que también en el nivel de los municipios la Constitución establece las contralorías municipales como órganos de control, vigilancia y fiscalización, las cuales por ello gozan de autonomía funcional (art. 176). Esos órganos de control también forman parte de la Administración Pública municipal, aun cuando por supuesto no forman parte de la Administración Pública *central* de los municipios, la cual depende de las alcaldías (*Cuarta parte, § 15*).

En el ámbito municipal, además, se pueden identificar también como parte integrante de la Administración municipal que depende del alcalde, a los jueces de paz, que si bien son de elección popular organizada por el poder electoral, se integran en la estructura organizativa administrativa del municipio[105], aun cuando ejercen la función jurisdiccional[106].

---

[104] Conforme lo ha señalado la sentencia 3098 del 13 de diciembre de 2004 de la Sala Constitucional, cit. la Constitución de 1999 "precisó el ámbito de competencias tradicionales entre el poder legislativo -concejo municipal- y el poder ejecutivo -alcalde- en el nivel municipal, y *afianzó considerablemente la diferenciación funcional* que, entre ambos poderes existía en la legislación preconstitucional, concretamente en la Ley Orgánica de Régimen Municipal".

[105] Como lo ha dicho la sentencia 3098 del 13 de diciembre de 2004 de la Sala Constitucional, cit.: "la administración, prestación y gestión del servicio de justicia de paz -no así del procedimiento de elección de sus jueces- es competencia exclusiva del municipio, bien a través de la ejecución y administración que corresponda al alcalde (artículos 174 y 175 de la Constitución.

[106] Véase sentencia de la Sala Constitucional del 5 de octubre de 2000, caso Héctor Luis Quintero, citada en sentencia 3098 del 13 de diciembre de 2004 de la Sala Constitucional, cit.

VII. PRINCIPIO DEL EJERCICIO INTERORGÁNICO DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO

1. *La división del poder público y las diversas funciones del Estado*

Hemos analizado anteriormente, como principios del derecho público en la Constitución de 1999, tanto el de la distribución vertical del poder público como el de la separación orgánica de poderes (división horizontal) en las diversas ramas territoriales. Por ello, por ejemplo, a nivel nacional se pueden distinguir los órganos que ejercen el poder legislativo (la Asamblea Nacional), de los órganos que ejercen el poder ejecutivo (el Presidente de la República y demás órganos de la Administración Pública), de los órganos que ejercen el poder judicial (Tribunal Supremo de Justicia y tribunales), de los órganos que ejercen el poder ciudadano (Defensoría del Pueblo, Ministerio Público, Contraloría General de la República), y de los órganos que ejercen el poder electoral (Consejo Nacional Electoral).

Ahora bien, conforme a lo establecido en el artículo 136 C., "cada una de las ramas del poder público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado"; lo que significa que la asignación de funciones propias a los órganos que ejercen los poderes públicos no implica que cada uno de los órganos del Estado siempre tenga el ejercicio exclusivo de alguna función estatal específica[107]. Tal como recientemente lo ha reconocido la Sala Constitucional en sentencia 3.098 del 13 de diciembre de 2004 (caso Nulidad de artículos de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz):

No escapa a la Sala que, tal como argumentó en este juicio la representación de la Asamblea Nacional, el principio de separación de poderes que recoge el artículo 136 de nuestro Texto Fundamental, de idéntica manera a como lo establecía el artículo 118 de la Constitución de 1961, no implica, ni mucho menos, una división rígida de órganos y funciones, sino que, como la misma norma predica, *"cada una de las ramas del poder público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado"*.

Principio de colaboración de los poderes públicos que lleva a un control mutuo entre poderes y, en definitiva, admite, hasta cierto punto, una confusión funcional entre ellos, es decir, que cada una de las ramas del poder público puede ejercer excepcionalmente competencias que, por su naturaleza, corresponderían, en principio, a las otras y de allí que la Administración Pública cuente con potestades normativas (*v.* la potestad reglamentaria) y jurisdiccionales (*v.* resolución de conflictos entre particulares) y los órganos deliberantes y judiciales cumplan ciertas funciones típicamente administrativas (*v.* la organización interna de sus dependencias y la potestad disciplinaria respecto de sus funcionarios, entre otras)[108].

Por tanto, todos los órganos del Estado, en una u otra forma ejercen la totalidad de las funciones del Estado, lo que responde al séptimo de los principios fundamentales del derecho público en la Constitución de 1999: el principio del ejercicio inter orgánico de las funciones del Estado, el cual también tiene especial importancia para el derecho administrativo, pues permite identificar a la función administrativa y su ejercicio por los diversos órganos del Estado.

Es decir, tal como la antigua Corte Suprema de Justicia lo había señalado, la división de la potestad estatal (el poder público) en ramas y la distribución de su ejercicio entre di-

---

[107] Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1975, pp. 373 y ss.

[108] Sentencia 3098 del 13 de diciembre de 2004 de la Sala Constitucional, cit.

versos órganos, no coincide exactamente con la "separación" de las funciones estatales[109]. Por tanto, el hecho de que exista una separación orgánica "de poderes" no implica que cada uno de los órganos que lo ejercen tenga necesariamente el ejercicio exclusivo de ciertas funciones, pues paralelamente a las "funciones propias" de cada órgano del Estado, éstos ejercen funciones que por su naturaleza son similares a las que ejercen otros órganos estatales[110]. En otras palabras, paralelamente a sus funciones propias, realizan funciones distintas a aquellas que les corresponden por su naturaleza[111].

En la expresión constitucional, por "función" ha de entenderse la acción que desarrollan los órganos estatales o la actividad que desempeñan como tarea que les es inherente, en el sentido que sólo en ejercicio del poder público pueden cumplirse; o en términos de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, "de funciones 'esenciales' que el Estado, por medio de sus distintos poderes públicos, está obligado a satisfacer tanto por imperativo constitucional, como legal"[112]. De ahí que la función es toda actividad de la propia esencia y naturaleza de los órganos estatales y, por tanto, indelegable, salvo que exista una autorización constitucional. Entonces, las diversas funciones del Estado son sólo las diversas formas a través de las cuales se manifiesta la actividad estatal[113]; y ellas no están atribuidas en forma exclusiva a los órganos del Estado[114].

---

109 Véase p. ej., sentencia de la antigua Corte Federal del 19 de junio de 1953, *Gaceta Forense* n.º 1, Caracas, Ministerio de Justicia, 1953, p. 77; y sentencias de la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa del 18 de julio de 63, *Gaceta Forense* n.º 41, Caracas, Ministerio de Justicia, 1963, pp. 116 y 117; del 27 de mayo de 1968, *Gaceta Forense* n.º 60, Caracas, Ministerio de Justicia, 1969, pp. 115 y ss.; y del 9 de julio de 1969, *Gaceta Forense* n.º 65, Caracas, Ministerio de Justicia, 1969, pp. 70 y ss.

110 Véase la sentencia de la antigua Corte Federal del 19 de junio de 1953, en *Gaceta Forense* n.º 1, Caracas, Ministerio de Justicia, 1953, p. 77; y la sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación en Sala Político Administrativa del 18 de julio de 63, en *Gaceta Forense* n.º 41, Caracas, Ministerio de Justicia, 1963, p. 116.

111 Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa del 18 de julio de 63, en *Gaceta Forense* n.º 41, Caracas, Ministerio de Justicia, 1963, pp. 116 y 117.

112 Véase la sentencia 1286 del 6 de junio de 2000, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 148

113 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana.,* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1964, p. 105. Cfr en general, sobre las funciones del Estado, MARÍA E. SOTO HERNÁNDEZ y FABIOLA DEL VALLE TAVARES DUARTE "Funciones del Estado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999", en *Estudios de derecho público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche*, vol. II, cit. pp. 414 a 457; GONZALO PÉREZ LUCIANI, "Funciones del Estado y actividades de la Administración", *Revista de Derecho Público*, n.º 13, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1983, pp. 21 a 30.

114 El carácter flexible, no rígido ni absoluto, del principio en su aplicación en Venezuela, ha sido destacado repetidamente por la jurisprudencia de la Corte Suprema. En particular, véase sentencias de la Corte Federal y de Casación en Sala Político Administrativa del 23 de febrero de 1950 en *Gaceta Forense* n.º 4, Caracas, Ministerio de Justicia, 1950, pp. 84 a 39; de la Corte Federal y de Casación en Corte Plena del 26 de mayo de 1951 en *Gaceta Forense* n.º 8, Caracas, Ministerio de Justicia, 1952, p. 114; y Sentencias de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa del 18 de julio de 1963 en *Gaceta Forense*, n.º 41, Caracas, Ministerio de Justicia, 1963, pp. 117 a 118; del 27 de mayo 1968 en *Gaceta Forense* n.º 60, Caracas, Ministerio de Justicia, 1969, pp. 115 a 118; del 22 de abril de 1969 en *Gaceta Forense*, n.º 64, Caracas, Ministerio de Justicia, 1969, pp. 5 a 15; del 9 de julio de 1969, en *Gaceta Forense*, n.º 65, 1969, pp. 70 a 74; y del 1 de junio de 1972, en *Gaceta Oficial* n.º 1.523, extraordinario, del 1 de junio de 1972, p. 9. Cfr además, ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Algunas bases del derecho público en la jurisprudencia venezolana", *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 27, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1963, pp. 143 y 144. Las referencias jurisprudenciales pueden también consultarse en íd., *Jurisprudencia de la Corte Suprema (1930-1973) y Estudios de derecho administrativo,* t. I, "El ordenamiento constitucional y funcional del Estado", Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1975, pp. 147 y ss.

2. *Las diversas funciones del estado*

En el mundo contemporáneo estas funciones como tareas inherentes a los órganos del Estado, pueden reducirse a las siguientes: función normativa, función política, función administrativa, función jurisdiccional y función de control; a las cuales se pueden reconducir todas las actividades del Estado.

Dichas funciones, realizadas en ejercicio del poder público por los órganos estatales, sin embargo, como se dijo, no están encomendadas con carácter exclusivo a diferentes órganos, sino que se ejercen por varios de los órganos estatales. Como lo ha precisado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, "los distintos poderes del Estado pueden dictar actos que rebasan o escapan de su función natural, verbigracia, la facultad del poder del Ejecutivo de reglamentar leyes, o en el caso específico del poder judicial, la facultad del Juez de imponer multas, o destituir funcionarios, los cuales constituyen actos distintos a su función, cual es la de emitir actos o decisiones judiciales"[115].

A. *La función normativa*

En efecto, la función normativa en el Estado contemporáneo es aquella actividad estatal que se manifiesta en la creación, modificación o extinción de normas jurídicas de validez general[116]. La función normativa del Estado, en esta forma, si bien se atribuye como función propia al órgano que ejerce el poder legislativo, es decir, a la Asamblea Nacional, a los consejos legislativos y a los concejos municipales, se realiza también por otros órganos del poder público. En particular, sobre la existencia de esta "función normativa" en el nivel territorial municipal, la Sala Político Administrativa ha indicado que:

Esta misma posición es la que sostiene nuestra doctrina al referirse a la autonomía normativa al señalar que "[...] tanto la República como los Estados y los municipios tienen autonomía normativa, en el sentido de que pueden regular o normar las materias de su respectiva competencia, sin injerencias de ningún otro órgano, salvo las limitaciones establecidas en la propia Constitución, que es la que distribuye el poder[...] " (*Vid.* BREWER-CARÍAS, ALLAN, *Instituciones Políticas y Constitucionales,* EJV-UCAT, p. 18).

En el mismo sentido, el profesor ALLAN BREWER CARÍAS, al referirse a la función normativa, -con respecto al texto constitucional de 1961- señala que: [...] cuando el artículo 139 atribuye al Congreso, la tarea de legislar sobre las materias de la competencia nacional, está atribuyendo la función normativa a uno de los órganos que ejercen alguno de los poderes del Estado: la función propia de las Cámaras Legislativas, como lo dice el mencionado artículo 118 de la Constitución, es la función normativa. El mismo supuesto lo encontramos en el artículo 20, donde se atribuye competencia a las Asambleas Legislativas de los Estados, para 'legislar sobre las materias de la competencia estadal'. Indirectamente también puede identificarse la función normativa a nivel municipal, como un signo de la autonomía[117].

Ahora bien, en el nivel nacional, ante todo debe destacarse que la potestad de dictar leyes, corresponde esencialmente a la Asamblea Nacional actuando como cuerpo legislador

115 Véase sentencia 21 del 23 de enero de 2002 *Revista de Derecho Público*, n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, p. 203

116 Véase la sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa del 18 de julio de 63, en *Gaceta Forense* n.º 41, Caracas, Ministerio de Justicia, 1963, p. 116.

117 Véase sentencia 713 del 30 de marzo de 2000, *Revista de Derecho Público*, n.º 81, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 191.

(art. 203), siendo estas leyes, por su generalidad e imperatividad, el tipo ideal de actos dictados en ejercicio de la función normativa.

Pero, en el ordenamiento jurídico venezolano como se ha dicho, otros órganos del poder público también ejercen esta función creadora de normas jurídicas[118], incluso en algunos casos con rango y valor de ley. En efecto, cuando mediante una ley habilitante la Asamblea Nacional delega en el Presidente la posibilidad de dictar actos estatales con rango y valor de ley (art. 236.8), sin duda ejerce la función normativa; e igualmente, cuando reglamenta las leyes (art. 236.10). Asimismo, el Tribunal Supremo de Justicia también ejerce la función normativa cuando dicta los reglamentos necesarios a los efectos de asegurar la dirección y gobierno del poder judicial (art. 267)[119]. De la misma manera ejercen la función normativa los órganos del poder ciudadano cuando dictan los reglamentos establecidos en las leyes reguladoras de su actividad[120], al igual que el Consejo Nacional Electoral, en ejercicio del poder electoral, cuando reglamenta las leyes electorales (art. 293.1)[121].

Por tanto, la función normativa, como actividad privativa e inherente al Estado mediante la cual sus órganos pueden crear, modificar o extinguir con carácter general las normas del ordenamiento jurídico, se ejerce por los cinco grupos de órganos estatales en ejercicio del poder público: por la Asamblea Nacional, actuando como cuerpo legislador y en virtud de sus poderes reguladores de los *interna corporis*, en ejercicio del poder legislativo nacional; por el Presidente de la República y otros órganos ejecutivos, en ejercicio del poder ejecutivo nacional[122]; por el Tribunal Supremo de Justicia, en ejercicio del poder judicial; por el Consejo Moral Republicano, la Contraloría General de la República, el Ministerio Público, y la Defensoría del Pueblo, en ejercicio del poder ciudadano; y por el Consejo Nacional Electoral, en ejercicio del poder electoral[123].

La función normativa, por tanto, si bien es una "función propia" de la Asamblea Nacional, no es una función privativa y exclusiva de ella, pues los otros órganos estatales también la ejercen. Sin embargo, lo que sí es función privativa y exclusiva de la Asamblea Nacional es el ejercicio de la función normativa en una forma determinada: como cuerpo legislador y mediante la emisión de los actos estatales denominados "leyes". En efecto, sólo la Asamblea Nacional actuando como cuerpo legislador puede dictar leyes; sólo la Asamblea puede dictar sus *interna corporis* (Reglamento Interior y de Debates), y sólo ella puede crear normas jurídicas generales ejerciendo atribuciones establecidas directamente en la Constitución sin condicionamiento legal alguno. Los otros órganos estatales que ejercen la función normativa, si bien realizan una función creadora dentro del ordenamiento

---

118 Véase la sentencia 1447 del 3 de junio de 2003 de la Sala Constitucional, caso Impugnación del artículo 22 de la Ley Orgánica del Trabajo, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, p. 192.

119 Véase p. ej., art. 6.1, 10 y 12, *Gaceta Oficial* n.º 37.942 del 19 de mayo de 2004. Véase, LAURA LOUZA SCOGNAMIGLIO "La potestad reglamentaria del poder judicial", *Ensayos de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca,* vol. II, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 9 a 45.

120 Artículos 3, 14.2 y 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; y 29, 20, 34, 36, 40, 43, 46 y 51 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo en *Gaceta Oficial*, n.º 37.995 del 5 de agosto de 2004.

121 Además, artículos 32 y 29 de la Ley Orgánica del Poder Electoral en *Gaceta Oficial* n.º 37.573 del 19 de noviembre de 2002.

122 Cfr. JOSÉ GUILLERMO ANDUEZA, "Las potestades normativas del Presidente de la República", en *Libro Homenaje a Rafael Caldera*, t. IV, cit. pp. 2025 a 2080; ANTONIO MOLES CAUBET, "La potestad reglamentaria y sus modalidades", idem., pp. 2081 a 2104; GONZALO PÉREZ LUCIANI, "La actividad normativa de la administración", *Revista de Derecho Público*, l.º, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1980, pp. 19 a 44; y *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 8, Universidad de los Andes, Mérida 1977, pp. 83 a 122.

123 Véase sentencia del 4 de agosto de 2003 de la Sala Constitucional 2073, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, p. 214.

jurídico, a excepción de los decretos leyes habilitados (dictados por el Presidente de la República una vez que se ha dictado la ley habilitante), lo hacen a través de actos administrativos de efectos generales (como los reglamentos) y siempre bajo el condicionamiento de las leyes, nunca en ejecución directa e inmediata sólo de una norma constitucional. Además, sujetos a las leyes y con los límites que le impone la reserva legal. Como lo ha destacado la sala Constitucional del Tribunal Supremo, “no sólo es inválido dictar un reglamento en materia de la reserva legal, sino que tampoco puede hacerse contrariando las disposiciones expresas de la ley reglamentada e incluso su espíritu. Es evidente que, si el Ejecutivo está imposibilitado para reglamentar una ley desapegándose de su espíritu, propósito y razón, también debe someterse a lo que la propia ley reglamentada le establezca como límite de su poder normativo”[124].

En otras palabras, las leyes son actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y de rango legal; y los reglamentos y demás actos administrativos de efectos generales son actos de ejecución directa e inmediata de la legislación y de rango sublegal[125]. Sin embargo, los decretos leyes habilitados que puede dictar el Presidente de la República, a pesar de requerir de una ley habilitante, en virtud de la delegación legislativa que contiene son de rango y valor de ley, y puede decirse que se dictan también en ejecución directa de la Constitución.

B. *La función política*[126]

Pero aparte de la función normativa, en el Estado contemporáneo ha ido delineándose otra función primordial, distinta de la función administrativa, por medio de la cual el Presidente de la República ejerce sus actividades como Jefe del Estado y Jefe del Gobierno de la República[127], dirigiendo la acción de gobierno (arts. 226 y 236.2). A través de esta función política, el Presidente de la República puede adoptar decisiones en virtud de atribuciones

---

124 Véase sentencia 1447 del 3 de junio de 2003, caso Impugnación del artículo 22 de la Ley Orgánica del Trabajo, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, p. 387.

125 El carácter sublegal de los reglamentos surge, inclusive, en aquellos casos en que el reglamento, en virtud de delegación legislativa, complementa la ley. En esos casos, el reglamento se dicta en ejecución directa de la ley y no de la Constitución, por lo que nunca podría tener igual rango que la ley. Al contrario, la antigua Corte Suprema de Justicia ha señalado en sentencia de la Sala Político Administrativa del 27 de enero de 1971: “La ley de la materia (Ley de Pilotaje) sólo contiene disposiciones que, por su carácter general, pueden aplicarse a todas las zonas de pilotaje actualmente existentes o que se crearen en el futuro, pero la determinación de los límites de éstas, de los requisitos que deben llenarse mientras se navegue por ellas, de los símbolos, luces y señales especiales que deberán usarse en las mismas, en la cuantía del derecho de habilitación y de la forma de distribución de los ingresos provenientes del mismo, así como la regulación de otras materias semejantes, ha sido expresamente confiado, en el articulado de la ley, al poder ejecutivo, quien con tal objeto debe dictar tantos reglamentos como sea necesario, teniendo en cuenta las características o peculiaridades de cada zona. Estos reglamentos no tienen por objeto desarrollar disposiciones legales ya existentes, sino complementar la ley que reglamentan con otras previsiones sobre materias expresamente señaladas por el legislador, por lo cual tienen en nuestro ordenamiento jurídico el mismo rango (*sic*) que los actos legislativos. Podría decirse que son decretos leyes sobre materias cuya regulación reserva el Congreso al poder ejecutivo por consideraciones de orden práctico”, *Gaceta Oficial* n.º 1.472, extraordinario, del 11 de junio de 1971, p. 18.

126 En cuanto a esta función del Estado hemos ajustado la terminología que habíamos utilizado en los setenta, de “función de gobierno”, sustituyéndola por “función política” por considerarla más precisa, y reservar la expresión “gobierno” para identificar los “actos de gobierno”. Véase ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Derecho administrativo*, t I, cit. (1975). Cfr. en general, sobre esta función, MARÍA E. SOTO HERNÁNDEZ “Formas jurídicas de actuación de la Administración Pública nacional en el ejercicio de la función de gobierno”, en *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, vol. II, cit. 2002, pp. 805 a 826.

127 Aun cuando en algunos casos podría no haber coincidencia, podría decirse que, en general, el Presidente de la República ejerce sus atribuciones de Jefe del Estado en ejercicio de la función política, y de Jefe del Ejecutivo Nacional, en ejercicio de la función administrativa.

que le son conferidas directamente por la Constitución, en general sin condicionamiento legal alguno, de orden político, las cuales, por tanto, exceden de la administración normal de los asuntos del Estado. Ello ocurre, por ejemplo, cuando dirige las relaciones exteriores, convoca a sesiones extraordinarias a la Asamblea Nacional y cuando la disuelve (arts. 236.4,9 y 20).

También puede considerarse que ejerce la función política, cuando decreta los estados de excepción y restringe garantías constitucionales, incluso, en este caso, a pesar de que la Constitución dispuso que una ley orgánica deba regular la materia (art. 338)[128].

La característica fundamental de esta función política es que está atribuida en la Constitución directamente al Presidente de la República, es decir, al nivel superior de los órganos que ejercen el poder ejecutivo, no pudiendo otros órganos ejecutivos ejercerla.

Los órganos que ejercen el poder ejecutivo en esta forma realizan fundamentalmente dos funciones propias: la función política y la función administrativa[129]. La función política, como función del Presidente de la República, se ejerce en ejecución directa de atribuciones constitucionales, en general sin condicionamiento legal alguno. El legislador, en esta forma, y salvo por lo que se refiere a los estados de excepción dada la autorización constitucional (art. 338), no puede limitar las facultades políticas del Jefe del Estado[130]. La función política, por tanto, se traduce en actos estatales de rango legal, en tanto que la función administrativa se traduce en actos estatales de rango sublegal[131].

Pero si bien la función política se ejerce con el carácter de función propia por el Presidente de la República en ejercicio del poder ejecutivo, ello tampoco se realiza con carácter excluyente, ya que la Asamblea Nacional en ejercicio del poder legislativo también realiza la función política, sea a través de actos parlamentarios sin forma de ley[132], sea mediante leyes[133]. En estos casos, también, la función política realizada por los órganos del poder legislativo es una actividad de rango legal, es decir, de ejecución directa e inmediata de la Constitución. Pero aunque esta función puede ser realizada tanto por el Presidente de la

---

128 Cfr. la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, ley n.º 32, *Gaceta Oficial* n.º 37.261 del 15 de agosto de 2001.

129 La distinción entre "gobierno y administración" es comúnmente empleada por la Constitución, p. ej., en los artículos, 6, 18, 160, 169, 171, 174, 178, 185, 187, 236, 239, 251 y 267. En tal sentido, al referirse a los órganos del poder ejecutivo de los Estados en la Constitución de 1961, la antigua Corte Suprema señaló lo siguiente: "El artículo 21 de la Constitución atribuye al Gobernador del Estado, el gobierno y la administración de la Entidad, como Jefe del Ejecutivo del Estado y Agente del Ejecutivo Nacional o en su respectiva circunscripción. En esta forma, el poder ejecutivo estadal realiza funciones de gobierno, como poder político y funciones que atienden a otra actividad distinta, como poder administrador". Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa del 30 de junio de 1966, en *Gaceta Forense* n.º 52, Caracas, Ministerio de Justicia, 1968, p. 231. Cfr. sobre la distinción entre función administrativa y función política como actividades que se realizan en ejercicio del poder ejecutivo, el voto salvado a la *Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Corte Plena del 29 de abril de 196*5, Imprenta Nacional, 1965, pp. 53 y ss.; y *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1963*, Caracas, 1964, pp. 179 y 180.

130 El legislador, p. ej., no podría limitar las atribuciones del Presidente de convocar a la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias.

131 Sobre la distinción entre los actos del poder ejecutivo dictados en ejecución directa de la Constitución o en ejecución directa de la ley, véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa del 13 de febrero de 1968, en *Gaceta Forense* n.º 59, Caracas, Ministerio de Justicia, 1969, p. 85. En todo caso, una cosa es atribuir a la función política rango legal y otra es atribuirle "naturaleza legislativa". El decreto de restricción de garantías constitucionales, p. ej., tiene rango legal, por cuanto puede "restringir" temporalmente la vigencia de una ley, lo que implica que la modifique ni la derogue. Si la derogara, el acto tendría "naturaleza legislativa". Sobre esta confusión, véase *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1971*, Caracas, 1972, p. 189.

132 Por ejemplo, cuando autoriza al Presidente de la República para salir del territorio nacional. Art. 187.17 de la Constitución; o cuando reserva al Estado determinadas industrias o servicios, art. 302.

133 La ley que decreta una amnistía, p. ej. art. 186.5 de la Constitución.

República como por los órganos legislativos, por lo que no es exclusiva o excluyente, sin embargo, lo que sí es exclusivo de uno u otros órganos es la forma de su ejecución en los casos autorizados por la Constitución: la función política mediante decretos ejecutivos (actos de gobierno) se realiza en forma exclusiva por el Presidente de la República; y mediante leyes o actos parlamentarios sin forma de ley, por la Asamblea Nacional.

C. *La función jurisdiccional*

Además de la función normativa y de la función política, los órganos estatales realizan la función jurisdiccional, es decir, conocen, deciden o resuelven controversias entre dos o más pretensiones, o sea controversias en las cuales una parte esgrime pretensiones frente a otra. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha dicho que:

> La función jurisdiccional, en contraste con las funciones legislativa y ejecutiva, tiene por objeto el declarar la voluntad de la ley respecto a una determinada controversia jurídica, la cual tiene nacimiento en la inconformidad de un sujeto que, considerándose asistido por un derecho subjetivo contenido en un precepto o norma jurídica, denuncia la conducta de otro sujeto como lesiva de su particular situación jurídica[134].

El ejercicio de la función jurisdiccional se ha atribuido como función propia al Tribunal Supremo de Justicia y a los tribunales de la República, pero aquí también ello no implica una atribución exclusiva y excluyente, sino que, al contrario, otros órganos estatales pueden ejercer la función jurisdiccional.

En efecto, los órganos que ejercen el poder ejecutivo[135] realizan funciones jurisdiccionales cuando las autoridades administrativas deciden controversias entre partes, dentro de los límites de su competencia[136]. En tales casos dictan actos administrativos, impropiamente denominados por la jurisprudencia, como "actos cuasi jurisdiccionales"[137] o como "actos cuasi judiciales"[138]. Sobre tales situaciones de ejercicio de la función jurisdiccional por los

---

134 Véase sentencia 35 de la Sala Constitucional del 18 de febrero de 2000, caso Juan G. Medina O. *vs.* Juzgado de Primera Instancia Agraria de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Revista de Derecho Público, n.º 81, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 100. Véase igualmente la sentencia 2673 del 14 de diciembre de 2001 de la misma Sala Constitucional, caso DHL Fletes Aéreos, C.A. y otras *vs.* Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 y 86, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 314

135 Véase sentencias de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa del 18 de julio de 63, en *Gaceta Forense* n.º 41, Caracas, Ministerio de Justicia, 1963, pp. 116 y 117; 27 de mayo de 1968, en *Gaceta Forense* n.º 60, Caracas, Ministerio de Justicia, 1969, pp. 115 y 118; y 9 de julio de 1969, en *Gaceta Forense* n.º 65, Caracas, Ministerio de Justicia, 1969, pp. 70 y ss.

136 Cuando la Administración decide, p. ej., la oposición a una solicitud de registro de marca de fábrica conforme a la Ley de Propiedad Industrial, *Gaceta Oficial* n.º 25.227 del 10 de diciembre de 1956; cuando decide la oposición a una solicitud de otorgamiento de una concesión de explotación forestal, conforme a la Ley Forestal, de Suelos y Aguas (art. 6.º), en *Gaceta Oficial* n.º 997, Extr., del 8 de enero de 1966; o cuando la Superintendencia de Protección y Promoción a la Libre Competencia decide un conflicto entre empresas competidoras, conforme a la Ley de Promoción y Protección a la Libre Competencia, *Gaceta Oficial* n.º 34.880 del 13 de enero de 1992.

137 Véase p. ej., sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia n.º 2855 del 20 de noviembre de 2002, caso Impugnación de varios artículos del Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario*, Revista de Derecho Público*, n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, p. 330.

138 Véase las sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 30 de marzo de 2000, caso Pedro J. Valente y otra *vs.* República, Dirección de Inquilinato, *Revista de Derecho Público*, n.º 81, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 203; y 1062 del 3 de agosto de 2000, *Revista de Derecho Público*, n.º 83, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 235. En sentencia de la Corte Primera del 30 de abril de 2003, caso Confecciones Olímpico C.A. *vs.* Comisiones Tripatitas Laborales, se resumió el criterio jurisprudencial precedente en relación con la naturaleza de los actos emanados de las Comisiones Tripartitas Laborales, como actos de naturaleza "cuasi judicial", expresando que: "En primer lugar, es pertinente dilucidar la diferencia, que debe establecerse en-

órganos de la Administración Pública, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en sentencia 1318 del 2 de agosto de 2001 (caso Nicolás J. Alcalá R. *vs.* Juzgado Primero de Primera Instancia del Tránsito y del Trabajo del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar) ha indicado:

Existen ciertas actuaciones realizadas por la Administración, que son el resultado de un procedimiento de carácter contencioso, tramitado ante esa instancia, que tiene como propósito poner fin en sede administrativa a un litigio entre particulares. Son las llamadas por algún sector de la doctrina, actuaciones cuasijurisdiccionales que tienen por finalidad componer una controversia sin que la propia Administración se encuentre directamente vinculada al conflicto, a no ser su interés como órgano de inspección y vigilancia. Es decir, se trata de situaciones en las que la autoridad administrativa administra justicia, decidiendo una controversia Inter partes en forma similar a como lo hace la autoridad judicial. Tal como sucede verbigracia en los casos que resuelven los órganos administrativos en materia inquilinaria. (Cabe citar a este respecto una decisión dictada por la Sala Político Administrativa de la antes denominada Corte Suprema de Justicia, del 10 de enero de 1980, caso Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo, en la que se expresan las dos conclusiones importantes a que llegó esa Corte en aquella oportunidad, a saber: Se reconoce la posibilidad de la emisión de actos de naturaleza jurisdiccional por parte de órganos administrativos; y b) se niega la posibilidad del recurso contencioso administrativo de anulación ante la Corte, por tratarse de actos que no emanan del poder ejecutivo nacional [Ministerio del Trabajo].)[139]

Pero la Asamblea Nacional también participa en la función jurisdiccional cuando, por ejemplo, autoriza el enjuiciamiento del Presidente de la República (art. 266.2). Por tanto, la función jurisdiccional como actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos deciden controversias y declaran el derecho aplicable en un caso concreto, se ejerce por diversos órganos estatales en ejercicio del poder público: por el Tribunal Supremo de Justicia y los tribunales de la República, en ejercicio del poder judicial; y por los órganos administrativos en ejercicio del poder ejecutivo nacional.

La función jurisdiccional, por tanto, si bien es una "función propia" de los órganos judiciales, no es una función privativa y exclusiva de ellos, pues otros órganos estatales tam-

---

tre el significado de los términos "cuasi jurisdiccional", término utilizado por la doctrina y jurisprudencia nacional y "cuasi judicial", denominación empleada en el derecho anglosajón, pues el vocablo "judicial" obedece a la acción de juzgar, decidir, valorar o adjudicar, mientras que el término "jurisdiccional" esta relacionado con la soberanía, el poder o potestad, que es exclusiva de los órganos de la administración de justicia. Considera esta Corte, que es inadecuada la utilización de este último término, que ha venido haciendo pacíficamente tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional de los últimos años./ Esta Corte observa, que es más adecuada la utilización de la denominación actos "cuasi judiciales", en virtud de que la administración realiza una función de "cuasi juzgamiento", aplicando criterios de justicia, en su propia sede, con sus propias agencias, mediante sus propios funcionarios y en virtud de atribuciones otorgadas expresamente por la Ley. Las notas características de los actos administrativos "cuasi judiciales", se basan en que los procedimientos que preceden su emanación, guardan gran semejanza con los procedimientos ventilados en los tribunales, donde tiene lugar el cumplimiento de una serie de actuaciones, como, la notificación de los interesados para que presenten sus alegatos y consideraciones, la existencia de un lapso probatorio que conduce a la decisión y además, la valoración realizada por la administración para dictar tales decisiones, obedece a criterios de justicia, en relaciones sustantivas existentes entre dos partes. / Puede considerarse, de acuerdo a calificada doctrina del derecho comparado, que los actos administrativos "*cuasi judiciales*" se producen en aquellos casos donde se establecen relaciones triangulares entre dos sujetos particulares con intereses contrarios y la Administración como ente dotado de potestad decisoria en tales relaciones, determina algo emparentado con un "*lis inter partes*". Véase Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, caso Pedro José Valente y Rafaella Valente *vs.* Juzgado Superior Cuarto en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Capital, expediente n.º 99-21995, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, p. 414.

139 Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 254

bién la ejercen. Es decir, el "ejercicio de la jurisdicción [no está] supeditado a la jurisdicción ejercida por el poder judicial"[140]. Sin embargo, lo que sí es una función privativa y exclusiva de los tribunales es el ejercicio de la función jurisdiccional a través de un proceso (art. 257) en una forma determinada: con fuerza de verdad legal, mediante actos denominados sentencias. Sólo los tribunales pueden resolver controversias y declarar el derecho en un caso concreto, con fuerza de verdad legal, por lo que sólo los órganos del poder judicial pueden desarrollar la "función judicial" (función jurisdiccional ejercida por los tribunales)[141]. Los demás órganos del Estado que realizan funciones jurisdiccionales lo hacen a través de actos administrativos condicionados por la legislación.

D. *La función de control*

Además de la función normativa, de la función política y de la función jurisdiccional, los órganos del Estado también ejercen la función de control, cuando vigilan, supervisan, fiscalizan y velan por la regularidad del ejercicio de otras actividades estatales o de las actividades de los administrados y particulares.

El ejercicio de la función de control se ha atribuido como función propia a los órganos que ejercen el poder ciudadano, pero en este caso ello tampoco implica una atribución exclusiva y excluyente, sino que, al contrario, los otros órganos estatales pueden ejercer la función jurisdiccional[142].

En efecto, la Asamblea Nacional, en ejercicio del poder legislativo, ejerce la función de control sobre el Gobierno y la Administración Pública nacional y los funcionaros ejecutivos (art. 187.3 y 222)[143]; el Presidente de la República como Jefe del Ejecutivo nacional ejerce las funciones de control jerárquico en relación con los órganos de la Administración

---

140 Es el caso de la función jurisdiccional ejercida por los jueces de paz, que no están integrados en el poder judicial, sino en la administración municipal. La Sala Constitucional, por ello, ha señalado que "No puede considerarse que esta forma (la alternativa) de ejercicio de la jurisdicción, esté supeditada a la jurisdicción ejercida por el poder judicial, por lo que a pesar de su naturaleza jurisdiccional, estos Tribunales actúan fuera del poder judicial, sin que ello signifique que este último poder no pueda conocer de las apelaciones de sus fallos, cuando ello sea posible, o de los amparos contra sus sentencias… tanto es parte de la actividad jurisdiccional, pero no por ello pertenece al poder judicial, que representa otra cara de la jurisdicción, la cual atiende a una organización piramidal en cuya cúspide se encuentra el Tribunal Supremo de Justicia, y donde impera un régimen disciplinario y organizativo del cual carece, por ahora, la justicia alternativa". Véase sentencia del 5 de octubre de 2000, caso Héctor Luis Quintero, citada en sentencia 3098 de la Sala Constitucional del 13 de diciembre de 2004, cit.

141 Véase la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 1 de junio de 2000, caso Julio Rico A. *vs*. Juzgado Vigésimo Segundo de Primera Instancia en lo Penal y de Salvaguarda del Patrimonio Público de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, en la cual se hace mención a la "función judicial" como la función jurisdiccional ejercida por los jueces, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 286.

142 Sobre la actividad electoral, como típica función administrativa, o más precisamente como "función de control", se pronunció la Sala Constitucional en su sentencia 3098 del 13 de diciembre de 2004, cit. al señalar: "Así, la actividad de contenido electoral es una manifestación del ejercicio de la función administrativa, en concreto, de la actividad administrativa de policía (*lato sensu*) o de control y supervisión, a través de la cual se despliegan distintas actuaciones que se formalizan mediante procedimientos administrativos, y que están dirigidas a la garantía y control del efectivo y correcto ejercicio de los derechos políticos que individual o colectivamente, reconoce la Constitución, así como el respeto a los derechos políticos de los demás. Puesto que se trata de una competencia administrativa, su ejercicio no debería corresponder, en principio y tal como alegó la parte actora, al Concejo municipal, al menos a raíz de la vigencia de la Constitución de 1999, la cual delimitó formalmente las ramas ejecutiva y legislativa en el nivel municipal, a cada una de las cuales dotó de funciones públicas concretas". Véase en *Gaceta Oficial* n.º 38.120 del 2 de febrero de 2005 y *Revista de Derecho Público*, n.º 99 y 100, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 139 y ss.

143 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Aspectos del control político sobre la Administración Pública", *Revista de Control Fiscal*, año XXII, n.º 101, Caracas, Contraloría General de la República, 1981, pp. 107 a 130.

Pública (art. 226), y los órganos que ejercen el poder ejecutivo ejercen facultades contraloras sobre las actividades de la propia Administración[144] y además, controlan las actividades de los particulares, de acuerdo a la regulación legal de las mismas; el Consejo Nacional Electoral, en ejercicio del poder electoral, ejerce el control de las actividades de los órganos subordinados (art. 293), de las elecciones y de las organizaciones con fines políticos (art. 293); y el Tribunal Supremo de Justicia ejerce las función de control de constitucionalidad y legalidad de los actos del Estado (arts. 259 y 336).

Por tanto, la función de control como actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos supervisan, vigilan y controlan las actividades de otros órganos del Estado o de los administrados, se ejerce por diversos órganos estatales en ejercicio del poder público: por la Contraloría General de la República, el Ministerio Público o la Defensoría del Pueblo, en ejercicio del poder ciudadano; por la Asamblea Nacional, en ejercicio del poder legislativo; por el Tribunal Supremo de Justicia y los Tribunales de la República, en ejercicio del poder judicial; y por los órganos administrativos en ejercicio del poder ejecutivo y del poder electoral. La función de control, por tanto, si bien es una "función propia" de los órganos que ejercen el poder ciudadano, no es una función privativa y exclusiva de ellos, pues todos los otros órganos estatales también la ejercen.

E. *La función administrativa*

Pero aparte de la función creadora de normas jurídicas de efectos generales (función normativa), de la función de conducción y ordenación política del Estado (función política o de conducción del Gobierno), de la función de resolución de controversias entre partes declarando el derecho aplicable en casos concretos (función jurisdiccional), y de la función de vigilancia o fiscalización de actividades estatales y de los particulares (función de control), el Estado ejerce la función administrativa, como gestor del interés público, a través de la cual las personas jurídicas estatales entran en relación con los particulares, como sujetos de derecho[145]. De allí la distinción entre la función de crear el derecho (normativa), de aplicar el derecho imparcialmente (jurisdiccional), y de actuar en relaciones jurídicas como sujeto de derecho, al gestionar el interés público (administrativa)[146].

---

144 Véase sentencia 1553 del 29 de noviembre de 2000 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa, caso Instituto de Previsión, Capacitación y Desarrollo Humano (INPRECADES) y otro *vs.* Consejo Nacional de Universidades, *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 123.

145 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Las Instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana, cit.,* p. 115. Si el Estado legisla, tal como lo señala SANTI ROMANO, "no entra en relaciones de las cuales él, como legislador, sea parte: las relaciones que la ley establece o de cualquier modo contempla se desenvuelven después entre sujetos diversos del Estado o bien con el mismo Estado, pero no en su aspecto de legislador sino en otros aspectos mediante órganos diversos de los del poder legislativo": "Prime Pagine di un Manuale de Diritto Amministrativo", en *Scritti minori*, Milano 1950, p. 363, *cit.,* por J. M. BOQUERA OLIVER, *Derecho administrativo*, Vol. I, Madrid, 1972, p. 59. "Cuando el Estado juzga -señala J. GONZÁLEZ PÉREZ-, no es parte interesada en una relación jurídica; no es sujeto de derecho que trata de realizar sus peculiares intereses con arreglo al Derecho [...] cuando el Estado juzga satisface las pretensiones que una parte esgrime frente a otra; incide como tercero en una relación jurídica, decidiendo la pretensión ante él deducida con arreglo al ordenamiento jurídico", *Derecho procesal administrativo*, t. II, Madrid, 1966, p. 37.

146 En este sentido, antigua la Corte Suprema de Justicia ha señalado, al referirse a la función administrativa, que en ella el Estado "no realiza una función creadora dentro del ordenamiento jurídico, que es la función legislativa, ni conoce ni decide acerca de las pretensiones que una parte esgrime frente a otra, que es la función judicial; sino que es sujeto de derecho, titular de intereses, agente propio de la función administrativa". Véase sentencias de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa del 18 de julio de 1963, *Gaceta Forense* n.º 41, Caracas, Ministerio de Justicia, 1963, pp. 116 y ss.; del 27 de mayo de 1968, *Gaceta Forense* n.º 60, Caracas, Ministerio de Justicia, 1969, pp. 115 y ss.; del 9 de julio de 1969, *Gaceta Forense* n.º 65, Caracas, Ministerio de Justicia,

En las dos primeras, el Estado, al crear el derecho o al aplicarlo, es un tercero en las relaciones jurídicas que surjan; en la última, en cambio, el Estado es parte de la relación jurídica que se establece entre la Administración y los particulares[147], como sujeto de derecho gestor del interés público. De allí que la personalidad jurídica del Estado se concretice en el orden interno, básicamente cuando sus órganos ejercen la función administrativa.

Ahora bien, al igual que lo que sucede con la función normativa, política, jurisdiccional y de control, la función administrativa tampoco está atribuida con carácter de exclusividad a alguno de los órganos del poder público. Por ello, si bien la función administrativa puede considerarse como función propia de los órganos ejecutivos y electorales, concretizada básicamente a través de actos administrativos, ello no significa que la ejerzan con carácter exclusivo y excluyente. Al contrario, todos los otros órganos del Estado también ejercen la función administrativa, como por ejemplo, la Asamblea Nacional, al autorizar diversos actos de los órganos ejecutivos o al dictar actos relativos a su personal o servicios administrativos, realizan la función administrativa[148].

Por su parte, los órganos que ejercen el poder judicial o el poder ciudadano realizan la función administrativa, al dictar actos concernientes a la administración del personal o de los servicios de los órganos, o al imponer sanciones[149].

En esta forma, la función administrativa, como actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos, en ejercicio del poder público, entran en relaciones jurídicas con los administrados, se puede realizar por los órganos administrativos, en ejercicio del poder ejecutivo nacional y del poder electoral; por la Asamblea Nacional, en ejercicio del poder legislativo; y por los tribunales de la República, en ejercicio del poder judicial. La función administrativa, por tanto, si bien es una "función propia" de los órganos ejecutivos y electorales, no es una función privativa y exclusiva de ellos, pues los otros órganos estatales también la ejercen dentro del ámbito de sus respectivas competencias constitucionales y legales. El acto administrativo, como concreción típica pero no única del ejercicio de la función administrativa, puede emanar de todos los órganos estatales en ejercicio del poder público, teniendo en todo taso carácter sublegal.

3. *Las "funciones propias"*

De lo anterior resulta que la Constitución no sólo distribuye el poder público en "ramas", sino que asigna a cada una de ellas y a sus órganos, conformados de acuerdo a la división del poder en cada nivel, algunas de las funciones antes indicadas como funciones propias.

1969, pp. 70 y ss. En estas sentencias, sin embargo, como veremos, la Corte confunde la función estatal con el acto estatal.

147 Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa del 13 de marzo de 1967, en *Gaceta Forense* n.º 55, Caracas, Ministerio de Justicia, 1968, p. 107.

148 Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa del 18 de julio de 63, en *Gaceta Forense* n.º 41, Caracas, Ministerio de Justicia, 1963, pp. 116 y 117; y del 27 de mayo de 1968, en *Gaceta Forense* n.º 60, Caracas, Ministerio de Justicia, 1969, p. 115.

149 Véase, además, sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa del 1.º de junio de 2000, caso Julio Rico A. *vs.* Juzgado Vigésimo Segundo de Primera Instancia en lo Penal y de Salvaguarda del Patrimonio Público de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 286 y 415. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Consideraciones sobre la impugnación de los actos de registro en la vía contencioso administrativa" en *Homenaje a Joaquín Sánchez Coviza,* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1975.

En cuanto a la rama nacional del poder público, es decir, el poder público nacional (art. 136), la Constitución atribuye su ejercicio a cinco órganos o grupos de órganos separados, distintos e independientes, teniendo cada uno de ellos sus funciones propias:

En esta forma, la Asamblea Nacional ejerce el poder legislativo nacional (art. 186) y se le atribuye como función propia, tanto la función normativa ("legislar en las materias de la competencia nacional" (art. 187.1) como la función de control (art. 222). En cuanto a la función normativa ejercida como "función propia" por los órganos del poder legislativo, la Sala Constitucional la ha calificado como "función legislativa" en tanto que "especie de la función normativa"[150].

En cuanto al Presidente de la República y demás funcionarios determinados en la Constitución y la ley, estos ejercen el poder ejecutivo nacional (art. 225) y se les atribuyen como funciones propias la función política (arts. 226 y 233.2), la función administrativa, la función de control y la función normativa (art. 236).

El Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales que determina la Constitución y la ley, ejercen el poder judicial, y se les atribuye como funciones propias la función jurisdiccional (art. 253), la función de control (arts. 259 y 336) y la función administrativa (gobierno y administración del poder judicial, art. 267). En cuanto a la función jurisdiccional ejercida como "función propia" por los órganos del poder judicial, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa la ha calificado como "función judicial" en tanto que especie de la función jurisdiccional[151].

El Consejo Moral Republicano, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República ejercen el poder ciudadano (art. 273), a los que se les atribuyen como funciones propias la función de control (vigilancia, inspección, fiscalización) sobre actividades de la Administración Pública, de los órganos judiciales y de los administrados (arts. 274, 281, 285 y 289) y la función administrativa.

Y por último, el Consejo Nacional Electoral y sus órganos subordinados ejercen el poder electoral (art. 292), y se les atribuyen como función propia la función administrativa, la función de control y la función normativa (art. 292).

Sin embargo, el hecho de que cada uno de esos órganos nacionales tenga funciones propias no significa que las ejerzan con carácter de exclusividad, pues no sólo en su ejercicio algunas veces intervienen otros órganos, sino que su ejercicio se atribuye también a otros órganos.

Por otra parte, se destaca que en cuanto a la rama estadal del poder público, es decir, el poder público estadal, la Constitución atribuye su ejercicio a tres órganos o grupos de órganos separados, distintos e independientes, teniendo cada uno de ellos sus funciones propias: Los consejos legislativos estadales que ejercen el poder legislativo de los estados y se le atribuye como función propia, la función normativa (art. 162,1); los gobernadores, quienes ejercen el poder ejecutivo de los estados, y se le atribuye, como funciones propias, las funciones política y administrativa (art. 160); y las contralorías estadales, a las cuales se asigna como función propia, la función de control (art. 163).

---

150 Véase sentencia 340 del 9 de marzo de 2004, caso Impugnación de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la Republica y del Sistema Nacional de Control Fiscal y del Reglamento sobre los Concursos para la designación de los titulares de las Contralorías municipales y distritales, *Revista de Derecho Público*, n.º 97 y 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, p. 220.

151 Véase la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 1.º de junio de 2000, caso Julio Rico A. *vs.* Juzgado Vigésimo Segundo de Primera Instancia en lo Penal y de Salvaguarda del Patrimonio Público de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, en la cual se hace mención a la "función judicial" como la función jurisdiccional ejercida por los jueces, cit.

Por lo que se refiere a la rama municipal del poder público, es decir, el poder público municipal, la Constitución también atribuye su ejercicio a tres órganos separados e independientes, teniendo cada uno de ellos sus funciones propias: los concejos municipales, que ejercen el poder legislativo municipal y se le atribuye como función propia, la función normativa ("función legislativa", dice el artículo 175) del municipio; los alcaldes que ejercen el poder ejecutivo municipal, y se les atribuyen, como funciones propias, las funciones política y administrativa del municipio (art. 174); y las contralorías municipales, a las cuales se asigna como función propia la función de control (art. 176). La Constitución, adicionalmente asigna, a los municipios la función jurisdiccional, pero exclusivamente mediante la justicia de paz (art. 178.8) conforme a la ley nacional (art. 258).

El concepto de funciones del Estado, por tanto, es distinto al de poderes del Estado. El poder público, sus ramas o distribuciones, constituye en sí mismo una situación jurídica constitucional individualizada, propia y exclusiva de los órganos del Estado, mediante cuyo ejercicio éstos realizan las funciones que le son propias. Las funciones del Estado, por su parte, constituyen las actividades propias e inherentes al Estado[152]. La noción de poder es entonces previa a la de función: ésta se manifiesta como una actividad estatal específica realizada en ejercicio del poder público (de una de sus ramas o distribuciones), por lo que no puede existir una función estatal sino cuando se realiza en ejercicio del poder público, es decir, de la potestad genérica de obrar que tiene constitucionalmente el Estado. Poder y función son, por tanto, distintos elementos en la actividad del Estado: el poder público como situación jurídico-constitucional, tiene su fuente en la propia Constitución y existe la posibilidad de ejercerlo desde el momento en que está establecido en ella; la función estatal, en cambio, presupone siempre el ejercicio del poder público por un órgano del Estado, y sólo cuando hay ejercicio concreto del poder público es que se realiza una función estatal.

4. *La ausencia de coincidencia de la separación orgánica de "poderes" (división del poder público) y la asignación de funciones estatales*

De lo anteriormente expuesto resulta, por tanto, que a nivel de cada una de las cinco ramas del poder público nacional (o de las dos ramas de los poderes públicos estadales y municipales), si bien existe una diferenciación orgánica con la asignación de funciones propias a cada uno de los órganos, el ejercicio de las mismas por dichos órganos en general no es exclusiva ni excluyente. En otras palabras, existen órganos legislativos nacionales, estadales y municipales[153]; órganos ejecutivos nacionales, estadales y municipales; órganos de control nacionales, estadales y municipales, y órganos judiciales y electorales exclusivamente nacionales; pero las funciones normativas, política, administrativas, jurisdiccionales y de control del Estado no coinciden exactamente con aquella división o separación orgánica.

De allí que, como principio general de la aplicación del principio de la separación de poderes en el régimen constitucional venezolano, puede afirmarse que la "división del poder" no coincide exactamente con la "separación de funciones"[154]. Por ello, no sólo en múl-

---

152 *Cfr.,* ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, cit. pp. 105 y ss.

153 Véase p. ej., sentencia del 14 de marzo de 1962 de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, *Gaceta Forense*, n.º 35, Caracas, Ministerio de Justicia, 1962, pp. 177 y ss.

154 En tal sentido, expresamente se pronunció la antigua Corte Suprema de Justicia en varias oportunidades: p. ej., las sentencias de la Corte Federal del 19 de junio de 53, *Gaceta Forense* n.º 1, Caracas, Ministerio de Justicia, 1953, p. 77; y de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa del 18 de julio de 63, *Gaceta Forense* n.º 41, Caracas, Ministerio de Justicia, 1963 pp. 116 y 117; del 27 de mayo de 1963 en *Gaceta Forense*, n.º 60, Caracas, Ministerio de Justicia, 1969, pp. 115 y ss.; y del 9 de julio de 69, *Gaceta Forense* n.º 65, Caracas, Ministerio de Justicia, 1969, pp. 70 y ss. No tiene sentido, por tanto, el intento que se ha hecho en la Ley Orgánica del Poder

tiples oportunidades los órganos del Estado, además de sus "funciones propias", ejercen funciones que por su naturaleza deberían corresponder a otros órganos, sino que también en múltiples oportunidades la Constitución permite y admite la intervención o interferencia de unos órganos en las funciones propias de otros. Estos dos aspectos de la situación de la separación de poderes en Venezuela requieren, indudablemente, un tratamiento separado.

En *primer lugar*, la flexibilidad del principio de la separación de poderes resulta, tal como lo ha señalado la antigua Corte Suprema, de que:

> […] si bien cada uno de ellos tiene definida su propia esfera de acción: el legislativo, para dictar la ley, reformarla y revocarla; el Ejecutivo, para ejecutarla y velar por su cumplimiento; y el judicial, para interpretarla, y darle aplicación en los conflictos surgidos, la demarcación de la línea divisoria entre ellos no es excluyente, ya que en muchos casos esos poderes ejercen funciones de naturaleza distinta de las que privativamente le están atribuidas"[155].

El principio, ciertamente, impide a unos órganos invadir las competencias propias de otros,[156] pero no les impide ejercer funciones de naturaleza similar a las de otros órganos.

La antigua Corte Suprema, en este sentido, inclusive fue aun más clara y terminante al señalar:

> Lejos de ser absoluto el principio de la separación de los poderes, la doctrina reconoce y señala el carácter complementario de los diversos organismos a través de los cuales el Estado ejerce sus funciones; de suerte que unos y otros, según las atribuciones que respectivamente les señalan las leyes, realizan eventualmente actos de índole distinta a las que por su naturaleza les incumbe ... La doctrina establece que la división de poderes no coincide plenamente con la separación de funciones, pues corrientemente se asignan al poder legislativo potestades típicamente administrativas y aun jurisdiccionales y al poder judicial funciones administrativas, como en el caso del nombramiento de jueces que hace este mismo tribunal y de la firma de libros de comercio o de registro civil que hacen los jueces de instancia; y a la inversa, se atribuyen al poder ejecutivo, funciones legislativas como la reglamentación, parcial o total de las leyes, sin alterar su espíritu, propósito o razón, que es considerada como el ejemplo más típico de la actividad legislativa del poder ejecutivo, por mandato del numeral 10 del artículo 190 de la Constitución nacional; toda vez que el reglamento es norma jurídica

---

Público Municipal de 2005 por identificar determinadas "funciones" con los órganos municipales, así: la "función ejecutiva", desarrollada por el alcalde a quien corresponde el gobierno y la administración; la "función deliberante" que corresponde al concejo municipal, integrado por concejales; la "función de control fiscal" que corresponde a la contraloría municipal; y la "función de planificación", que es ejercida en corresponsabilidad con el consejo local de planificación pública (art. 45). Aparte de que en esta enumeración no siempre se trata de "funciones" del Estado, la coincidencia legal es imposible. Véase el texto de la ley, *Gaceta Oficial* n.º 38.204 del 8 de junio de 2005.

155 Véase sentencia de la antigua Corte Federal del 19 de junio de 1953, *Gaceta Forense*, n.º 1, Caracas, Ministerio de Justicia, 1953, p. 77. En otra sentencia, al referirse a las funciones estatales, la Corte las diferenció así: "No realiza una función creadora dentro del ordenamiento jurídico, que es la función legislativa, ni conoce ni decide acerca de las pretensiones que una parte esgrime frente a la otra, que es la función judicial; sino que es sujeto de derecho, titular de intereses, agente propio de la *función administrativa*", sentencia del 18 de julio de 1963 de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa en *Gaceta Forense*, nº 41, Caracas, Ministerio de Justicia, 1963, p. 116.

156 Véase sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación en Corte Plena del 26 de mayo de 1951 en *Gaceta Forense*, n.º 8, Caracas, Ministerio de Justicia, 1952, p. 114 y sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Corte Plena del 12 de junio de 1968, publicación del Senado de la República, 1968, p. 201.

de carácter general dictado par la Administración Pública para su aplicación a todos los sujetos de derecho y en todos los casos que caigan dentro de sus supuestos de hecho. En otros casos la autoridad administrativa imparte justicia, decide una controversia entre partes litigantes en forma similar a como lo hace la autoridad judicial[157].

De acuerdo con esta doctrina, que compartimos, entonces, la separación de poderes ha de entenderse en el sistema venezolano, en primer lugar, como una separación orgánica entre los órganos de cada rama del poder público; y en segundo lugar, como una asignación de funciones propias a cada uno de dichos órganos; pero nunca como una separación de funciones atribuidas con carácter exclusivo a los diversos órganos. Al contrario, además de sus funciones propias, los órganos del Estado realizan funciones que por su naturaleza son semejantes a las funciones asignadas a otros órganos. En otras palabras, mediante este principio se reserva a ciertos órganos el ejercer una función en una forma determinada (funciones propias), lo que no excluye la posibilidad de que otros órganos ejerzan esa función en otra forma.

VIII. EL PRINCIPIO DEL CARÁCTER INTERFUNCIONAL DE LOS ACTOS ESTATALES

1. *La distinción entre las funciones y actos estatales*

De lo anteriormente dicho sobre el principio del carácter inter orgánico del ejercicio de las funciones estatales resulta, como se ha dicho, que la separación orgánica de poderes no coincide con la distribución de funciones.

Pero, en el ordenamiento jurídico venezolano tampoco el ejercicio de una función del Estado por determinado órgano del mismo conduce necesariamente a la emisión de determinados actos estatales, es decir, tampoco hay coincidencia entre las funciones del Estado y los actos jurídicos que emanan de la voluntad estatal[158]. Ello conlleva al octavo de los principios fundamentales del derecho público venezolano conforme a la Constitución de 1999, que es el del carácter interfuncional de los actos estatales, de particular importancia para el derecho administrativo, en virtud de que precisamente los actos administrativos se dictan en ejercicio de varias funciones estatales[159].

---

157 Esta doctrina fue establecida en sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa del 18 de julio de 1963, *Gaceta Forense* n.º 41, Caracas, Ministerio de Justicia, 1963, pp. 116 y 117, y ratificados por la misma Corte y Sala en sentencias del 27 de mayo de 1968, *Gaceta Forense* n.º 60, Caracas, Ministerio de Justicia, 1969, pp. 115 a 118, y del 9 de julio de 1969 en *Gaceta Forense* n.º 65, Caracas, Ministerio de Justicia, 1969, pp. 70 a 74. Puede verse también en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Algunas bases del derecho público...", cit. p. 144.

158 La distinción entre funciones del Estado, que la doctrina ha realizado, muchas veces se confunde al querer identificar un tipo de acto jurídico estatal con la función ejercida por el Estado. Nosotros mismos hemos incurrido en esta confusión, ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, cit. pp. 108 y ss. En igual confusión incurrió la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa del 18 de julio de 1963, en *Gaceta Forense* n.º 41, Caracas, Ministerio de Justicia, 1963, pp. 116 y ss.; del 27 de mayo de 1968, en *Gaceta Forense* n.º 60, Caracas, Ministerio de Justicia, 1969, pp. 115 y ss.; y del 9 de julio de 1969, en *Gaceta Forense* n.º 65, Caracas, Ministerio de Justicia, 1969, pp. 70 y ss. Asimismo, a pesar de su intento de "distinguir" la actividad de la función, Gonzalo Pérez Luciani incurre en igual confusión al afirmar que "la actividad que tomada globalmente sea relevante jurídicamente se puede decir que es una *función*", en "Actos administrativos que en Venezuela escapan al recurso contencioso administrativo", *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 6, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1967-1968, p. 196.

159 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Derecho administrativo*, t. I, cit. pp. 391 y ss.; íd. "El problema de la definición del acto administrativo en *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, t. I, Caracas, 1984, pp. 25 a 78.

En efecto, de lo expuesto anteriormente resulta que la función normativa la ejerce el Estado a través de sus órganos legislativos (Asamblea Nacional), de sus órganos ejecutivos (Presidente de la República), de sus órganos judiciales (tribunales), de sus órganos de control (Consejo Moral Republicano, Defensoría del Pueblo, Ministerio Público, Contraloría General de la República) y de sus órganos electorales (Consejo Nacional Electoral).

En cuanto a la función política, la ejerce el Estado a través de sus órganos legislativos (Asamblea Nacional) y de sus órganos ejecutivos (Presidente de la República).

La función jurisdiccional la ejerce el Estado a través de sus órganos judiciales (Tribunal Supremo de Justicia), de sus órganos ejecutivos (Administración Pública) y de sus órganos electorales (Consejo Nacional Electoral).

La función de control la ejerce el Estado a través de sus órganos legislativos (Asamblea Nacional), de sus órganos ejecutivos (Administración Pública), de sus órganos judiciales (tribunales), de sus órganos de control (Consejo Moral Republicano, Defensoría del Pueblo, Ministerio Público, Contraloría General de la República) y de sus órganos electorales (Consejo Nacional Electoral).

Y la función administrativa la ejerce el Estado a través de sus órganos ejecutivos (Administración Pública), de sus órganos electorales (Consejo Nacional Electoral), de sus órganos legislativos (Asamblea Nacional), de sus órganos judiciales (Tribunal Supremo de Justicia) y de sus órganos de control (Consejo Moral Republicano, Defensoría del Pueblo, Ministerio Público, Contraloría General de la República).

En consecuencia, de lo anterior no puede concluirse señalando que todo acto dictado en ejercicio de la función normativa sea un acto legislativo; que todo acto dictado en ejercicio de la función política sea un acto de gobierno; que todo acto dictado en ejercicio de la función jurisdiccional sea un acto judicial; que todo acto dictado en ejercicio de la función de control sea un acto administrativo o que todo acto dictado en ejercicio de la función administrativa sea también un acto administrativo.

Al contrario, así como los diversos órganos del Estado realizan diversas funciones, los actos dictados en ejercicio de las mismas no son siempre los mismos ni tienen por qué serlo.

2. *Los diversos actos estatales*

En efecto, tal como hemos señalado, la Asamblea Nacional en ejercicio del poder legislativo puede ejercer funciones normativas, políticas, jurisdiccionales, de control y administrativas, pero los actos que emanan de la misma al ejercer dichas funciones no son necesariamente ni uniformes ni correlativos.

Cuando la Asamblea Nacional ejerce la función normativa, es decir, crea normas jurídicas de carácter general actuando como cuerpo legislador, dicta *leyes* (art. 203), pero cuando lo hace en otra forma distinta, por ejemplo, al dictar sus reglamentos internos, ello lo hace a través de actos parlamentarios sin forma de ley (art. 187.19). Ambos son actos legislativos, pero de distinto valor normativo.

Cuando la Asamblea Nacional ejerce la función política, es decir, interviene en la formulación de las políticas nacionales, lo hace a través de leyes (art. 303) o a través de actos parlamentarios sin forma de ley (art. 187.10).

En el caso de la participación en el ejercicio de la función jurisdiccional, al autorizar el enjuiciamiento del Presidente de la República, la Asamblea Nacional concretiza su acción a través de un acto parlamentario sin forma de ley (266.2).

Cuando la Asamblea Nacional ejerce sus funciones de control del gobierno y la Administración Pública también dicta actos parlamentarios sin forma de ley (art. 187.3).

Por último, en cuanto al ejercicio de la función administrativa por la Asamblea Nacional, ella puede concretizarse en leyes (187.9)[160], en actos parlamentarios sin forma de ley (art. 187.12) o en actos administrativos (art. 187.22).

Por su parte, cuando los órganos que ejercen el poder ejecutivo, particularmente el Presidente de la República, realizan la función normativa, ésta se concretiza en decretos leyes y reglamentos (actos administrativos de efectos generales) (art. 236.10 y 266.5).

En el caso de los decretos leyes[161], estos pueden ser decretos leyes delegados dictados en virtud de una habilitación legislativa (arts. 203 y 236.8), decretos leyes de organización ministerial (art. 236.20)[162] y decretos leyes de estados de excepción (art. 236.7). En todos estos casos de decretos leyes, si bien todos son objeto de regulaciones legislativas que los condicionan (leyes habilitantes o leyes orgánicas) autorizadas en la Constitución, los mismos tienen rango y valor de ley.

Pero el Presidente de la República también realiza la función política, al dictar actos de gobierno, que son actos emanados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (art. 236.2, 4, 5, 6, 19 y 21). Como lo ha aclarado la Sala Constitucional:

> Sobre este último aspecto, debe aclarar este Máximo Tribunal de Justicia que, como señala la doctrina patria "[...] la noción de acto de gobierno en Venezuela ha sido delineada sobre la base de un criterio estrictamente formal: se trata de actos dictados por el Presidente de la República, en ejecución directa de la Constitución, en ejercicio de la función de gobierno". (vid. ALLAN R. BREWER-CARÍAS: *El control de la constitucionalidad de los actos estatales,* Colección Estudios Jurídicos N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1977, p. 113). Dichos actos, de indudable naturaleza política, no obstante, pueden ser impugnados no sólo por la vía de la acción de amparo constitucional, sino mediante el recurso de nulidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, conforme lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tal como lo ha reconocido esta Sala en anterior oportunidad, al señalar, con fundamento en el artículo 334 del Texto Fundamental, que "[...] en ejercicio de la jurisdicción constitucional, conoce de los recursos de nulidad interpuestos contra los actos realizados en ejecución directa de la Constitución[...] ". Así igualmente se declara[163].

---

160 En el pasado, p. ej., eran las leyes aprobatorias de contratos estatales conforme al artículo 126 de la Constitución de 1961.

161 Cfr. en general, sobre los decretos leyes, ANTONIO MOLES CAUBET, *Dogmática de los decretos leyes*, *Lección inaugural. Curso 1974*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1974; ELOISA AVELLANEDA SISTO, "Los decretos leyes", *Revista de Control Fiscal*, año XXIII, n.º 105, Caracas, Contraloría General de la República, 1982, pp. 55 a 116; íd., "Los decretos del Presidente de la República", *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 48, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1993, pp. 345 a 387; íd., "El régimen de los decretos leyes, con especial referencia a la Constitución de 1999", *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, vol. I, cit. pp. 69 a 105; JOSÉ PEÑA SOLÍS "Análisis crítico de la doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre las leyes orgánicas y los decretos leyes orgánicos", *Ensayos de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca,* vol. II, cit. pp. 375 a 414; y ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Los actos ejecutivos en la Constitución venezolana y su control judicial", id. *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 187 a 241.

162 Cfr. sobre estos decretos, DANIEL LEZA BETZ, "La organización y funcionamiento de la Administración Pública nacional y las nuevas competencias normativas del Presidente de la República previstas en la Constitución de 1999: al traste con la reserva legal formal ordinaria en el Derecho Constitucional venezolano", *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 19 a 55; GERARDO RUPÉREZ CANÍBAL, "La flexibilización de la reserva legal organizativa en el ámbito de la administración pública nacional", *Revista de Derecho*, n.º 8, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2003, pp. 435 a 452.

163 Véase la sentencia 880 de 1º de agosto de 2000, caso Domingo Palacios A. *vs.* Comisión Legislativa Nacional, *Revista de Derecho Público*, nº 83, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 93.

En particular, en este caso, dichos actos de gobierno se caracterizan, frente a los actos administrativos, por dos elementos combinados: en primer lugar, porque el acto de gobierno sólo puede ser realizado por el Presidente de la República, como Jefe del Estado, "en cuya condición dirige la acción de gobierno" (art. 226); y en segundo lugar, porque se trata de actos dictados en ejecución de atribuciones establecidas directamente en la Constitución, sin posibilidad de condicionamiento legislativo, y que, por tanto, tienen el mismo rango que las leyes[164].

En todo caso, para distinguir el acto legislativo del acto de gobierno y del acto administrativo no sólo debe utilizarse el criterio orgánico, sino también el criterio formal: el acto de gobierno, aun cuando realizado en ejecución directa de la Constitución, está reservado al Presidente de la República, en tanto que el acto legislativo, realizado también en ejecución directa de la Constitución[165], en principio está reservado a la Asamblea Nacional; aun cuando esta pueda delegar la potestad normativa con rango de ley en el Presidente de la República mediante una ley habilitante (art. 203), en cuyo caso el acto dictado por el Presidente mediante decretos leyes habilitados (art. 236.8) es un acto legislativo, si bien delegado. En esta forma, el criterio orgánico distingue el acto de gobierno del acto legislativo, y ambos se distinguen del acto administrativo mediante el criterio formal: tanto el acto de gobierno como el acto legislativo (el dictado por la Asamblea Nacional como el dictado por delegación por el Presidente de la República) se realizan en ejecución directa de competencias constitucionales, en tanto que el acto administrativo siempre es de rango sublegal, es decir, sometido a la ley y realizado en ejecución de la ley, y por tanto en ejecución mediata e indirecta de la Constitución.

Es decir, los actos de gobierno se distinguen de los actos administrativos dictados por los órganos ejecutivos en que estos se realizan a todos los niveles de la Administración Pública y siempre tienen rango sublegal, o sea se dictan por los órganos ejecutivos en ejecución de atribuciones directamente establecidas en la legislación, y sólo en ejecución indirecta y mediata de la Constitución[166]. Este es el criterio formal, derivado de la teoría merkeliana de construcción escalonada del orden jurídico[167], para la identificación de la Administración; la cual ha sido acogida en la Constitución al reservarse al control que ejerce la jurisdicción constitucional a los actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (art. 336.2), con lo que los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación y mediata e indirecta de la Constitución (actos administrativos) caen entonces bajo el control de la jurisdicción contencioso administrativa (art. 259) y de la jurisdicción contencioso electoral (art. 297).

---

164 Cfr. JUAN D. ALFONSO PARADISI, "Los actos de gobierno", *Revista de Derecho Público*, nº 52, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1992, pp. 5 a 23; PABLO MARÍN ADRIÁN, "Actos de gobierno y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 11 de marzo de 1993", *Revista de Derecho Público*, nº 65 y 66, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1996, pp. 497 a 519.

165 La Asamblea Nacional realiza su actividad legislativa en cumplimiento de atribuciones directamente establecidas en la Constitución (arts. 187.1 y 203). En el solo caso de las leyes especiales que han de someterse a las leyes orgánicas preexistentes (art. 203) podría decirse que hay condicionamiento legislativo de la propia actividad legislativa. En igual sentido, los decretos leyes dictados por el Presidente de la República en ejercicio de la función normativa, están condicionados por la ley habilitante o de delegación (art. 236.8).

166 En este sentido es que podría decirse que la actividad administrativa se reduce a ejecución de la ley.

167 Cfr. ADOLF MERKL, *Teoría general del derecho administrativo,* cit., 13; HANS KELSEN, *Teoría General del Estado,* cit., p. 510, y *Teoría Pura del Derecho,* cit. pp. 135 y ss. Véase algunas de las referencias en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia Venezolana,* cit. pp. 24 y ss.

Pero, además, en los casos de ejercicio de la función jurisdiccional, de la función de control y de la función administrativa, los órganos ejecutivos dictan, por ejemplo, actos administrativos (arts. 259 y 266.5).

En cuanto a los órganos que ejercen el poder judicial, cuando por ejemplo el Tribunal Supremo de Justicia ejerce la función normativa, dicta reglamentos (actos administrativos de efectos generales)[168], cuando ejerce la función administrativa y la función de control sobre el poder judicial (art. 267), dicta actos administrativos, y cuando ejerce la función jurisdiccional, dicta actos judiciales (sentencias) (arts. 266 y 336); y los primeros están sometidos al control de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa. Como lo ha dicho la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia 1268 del 6 de julio de 2004 (caso Yolanda Mercedes Martínez del Moral *vs.* Comisión Judicial de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia), respecto de un acto administrativo dictado por un órgano del propio Tribunal Supremo en ejercicio de funciones de administración y gobierno del poder judicial:

En consecuencia, por cuanto no se trata, el que fue impugnado, de un acto del poder público que hubiere sido dictado en ejecución directa de la Constitución, sino en ejercicio de función administrativa y, por ende, de rango sublegal, no es la jurisdicción constitucional que ejerce esta Sala la que tiene competencia para su control. Por el contrario, y de conformidad con el artículo 259 de la Constitución, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de la demanda de nulidad que en su contra se formuló y así se decide[169].

El acto judicial, por su parte, también se distingue del acto de gobierno y del acto legislativo con base en los dos criterios señalados: desde el punto de vista orgánico, porque el acto judicial está reservado a los tribunales de la República, en tanto que el acto legislativo está reservado a la Asamblea Nacional, la cual puede delegarlo en el Presidente de la República (leyes habilitantes), y el acto de gobierno está reservado al Presidente de la República[170]; y desde el punto de vista formal, porque al igual que el acto administrativo, el acto judicial es de rango sublegal, es decir, sometido a la ley y realizado en ejecución de la ley.

Por último, en cuanto a la distinción entre el acto administrativo y el acto judicial, si bien no puede utilizarse el criterio formal de su graduación en el ordenamiento jurídico ya que ambos son dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación y en ejecución indirecta y mediata de la Constitución, sí se distinguen con base al criterio orgánico y a otro criterio formal. Desde el punto de vista orgánico, el acto judicial está reservado a los tribunales, con carácter de exclusividad, ya que sólo éstos pueden dictar sentencias; y desde el punto de vista formal, la declaración de lo que es derecho en un caso concreto que realizan los órganos judiciales, se hace mediante un acto que tiene fuerza de verdad legal, que sólo las sentencias poseen.

Por su parte, cuando los órganos que ejercen el poder ciudadano realizan la función de control (arts. 274, 281 y 289), la función normativa y la función administrativa, la misma se concreta en actos administrativos de efectos generales (reglamentos) o de efectos particulares (arts. 259 y 266.5).

---

168 Los reglamentos establecidos en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, art. 6, Párrafo 1º,10 y 12.

169 Véase en *Revista de Derecho Público*, nº 99 y 100, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 229 y ss.

170 Puede decirse, entonces, que la separación orgánica de poderes tiene plena concordancia con la división orgánica de las actividades de gobierno (reservada al Presidente de la República), legislativas (reservadas a la Asamblea Nacional, la cual puede delegarla en el ejecutivo nacional) y judiciales (reservada a los Tribunales). Por supuesto, la coincidencia de actividades específicas con órganos estatales determinados concluye allí, pues la actividad administrativa, al contrario, no está reservada a ningún órgano estatal específico, sino que se realiza por todos ellos.

Igualmente, cuando los órganos que ejercen el poder electoral realizan la función normativa (art. 293.1), dictan actos administrativos de efectos generales (reglamentos) (art. 293.1); y cuando realizan la función administrativa (art. 293.3) y de control (art. 293.9), la misma se concreta en actos administrativos (arts. 259 y 266.5).

En esta forma, el ejercicio de la función normativa se puede manifestar, variablemente, a través de leyes, actos parlamentarios sin forma de ley, decretos leyes y reglamentos (actos administrativos de efectos generales); el ejercicio de la función política, a través de actos de gobierno, leyes y actos parlamentarios sin forma de ley; el ejercicio de la función jurisdiccional, a través de actos parlamentarios sin forma de ley, actos administrativos y sentencias; el ejercicio de la función de control, a través de leyes, actos parlamentarios sin forma de ley, actos administrativos y sentencias; y el ejercicio de la función administrativa, a través de leyes, actos parlamentarios sin forma de ley y actos administrativos.

En sentido inverso, puede decirse que las leyes emanan de la Asamblea Nacional actuando no sólo en ejercicio de la función normativa, sino de la función política, de la función de control y de la función administrativa; que los actos de gobierno emanan del Presidente de la República, actuando en ejercicio de la función política; que los decretos leyes emanan también del Presidente en ejercicio de la función normativa; que los actos parlamentarios sin forma de ley sólo emanan de la Asamblea Nacional, actuando en ejercicio de las funciones normativas, política, de control y administrativa; y que los actos judiciales (sentencias) sólo emanan de los tribunales, actuando en ejercicio de la función jurisdiccional. En todos estos casos, el tipo de acto se dicta exclusivamente por un órgano estatal, pero en ejercicio de variadas funciones estatales. Lo privativo y exclusivo de los órganos estatales, en esos casos, no es el ejercicio de una determinada función, sino la posibilidad de dictar determinados actos: las leyes y los actos parlamentarios sin forma de ley por la Asamblea Nacional; los actos de gobierno por el Presidente de la República, y los actos judiciales (sentencias) por los tribunales.

En cuanto a los actos administrativos, éstos pueden emanar de la Asamblea Nacional, actuando en función administrativa y en función de control; de los tribunales, actuando en función normativa, en función de control y en función administrativa; de los órganos que ejercen el poder ejecutivo (Administración Pública central) cuando actúan en función normativa, en función jurisdiccional, en función de control y en función administrativa; de los órganos que ejercen el poder ciudadano, actuando en función normativa, en función de control y en función administrativa; y de los órganos que ejercen el poder electoral, actuando también en función normativa, en función de control y en función administrativa.

Los actos administrativos en esta forma, y contrariamente a lo que sucede con las leyes, con los actos parlamentarios sin forma de ley, con los decretos leyes, con los actos de gobierno y con las sentencias judiciales, no están reservados a determinados órganos del Estado, sino que pueden ser dictados por todos ellos, y no sólo en ejercicio de la función administrativa, sino de todas las otras funciones del Estado.

IX. EL PRINCIPIO DEL CARÁCTER INTERORGÁNICO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El noveno de los principios fundamentales del derecho público conforme a la Constitución de 1999 es el del carácter inter orgánico de la Administración Pública, en el sentido de que la Administración Pública, como complejo orgánico, no sólo está conformada por órganos que ejercen el poder ejecutivo, sino por órganos que ejercen los demás poderes del Estado. Hay ciertamente una Administración Pública que se configura organizativamente hablando en el "Ejecutivo nacional" (Administración Pública central), pero la misma no

agota dicho complejo orgánico en el Estado venezolano. Este principio, por supuesto, también tiene particular importancia para el derecho administrativo pues se refiere, precisamente, a su objeto[171] (*Primera parte, § 1; Tercera parte, 8*).

El Estado venezolano, en efecto y como se ha dicho, está constitucionalmente configurado como un Estado Federal (art. 2º), en el cual se distinguen tres niveles de organización política: el nivel nacional, que corresponde a la República; el nivel estadal, que corresponde a los estados miembros de la Federación, y el nivel municipal, que corresponde a los municipios.

En cada uno de estos tres niveles políticos existe una "Administración Pública central" (nacional, estadal y municipal) que ejerce el poder ejecutivo, siendo ésta el instrumento por excelencia de la acción política del Estado. Como instrumento, está compuesto por un conjunto de órganos e instituciones que le sirven para el desarrollo de sus funciones y el logro de los fines que tiene constitucionalmente prescritos.

Pero como se ha dicho anteriormente, no toda "Administración Pública" del Estado es "Administración Pública central", en el sentido de que no sólo los órganos que ejercen el poder ejecutivo en los tres niveles político territoriales o los que gozan de autonomía fundamental en virtud de disposiciones constitucionales monopolizan, orgánicamente, a la Administración Pública del Estado.

Las diversas ramas de los poderes del Estado en sus diversos niveles tienen su propia Administración Pública, lo que nos conduce a insistir en el sentido de la separación de poderes como sistema de distribución horizontal del poder público, en los tres niveles de distribución vertical del propio poder público.

1. *La administración del estado y la separación orgánica de poderes*

Si algún valor tiene el principio de la separación de poderes, como se ha visto, es el de la "separación orgánica" de poderes, en el sentido de que constitucionalmente, en cada uno de los tres niveles de organización política del Estado (nacional, estadal y municipal), hay una separación formal de órganos, que ejercen las diversas ramas del poder público. Así, en el nivel nacional (poder nacional) hay una separación clara entre cinco grupo de órganos de la República: los órganos legislativos (Asamblea Nacional), los órganos ejecutivos (Presidente de la República, ministerios, etc.), los órganos judiciales (Tribunal Supremo de Justicia, tribunales), los órganos de control (Fiscalía General de la República, Contraloría General de la República, Defensoría del Pueblo), y los órganos electorales (Consejo Nacional Electoral); y cada uno de estos órganos tiene su propia Administración Pública: la administración de la Asamblea nacional; la Administración de la justicia (Dirección Ejecutiva de la Magistratura); la Administración Pública de los órganos de control, la administración electoral, y la Administración Pública central que en principio corresponde a los órganos que ejercen el poder ejecutivo. De todos estos órganos puede decirse que el ámbito propio de la organización administrativa nacional está en los órganos ejecutivos, en esa "Administración Pública nacional" (central o descentralizada) cuyos órganos ejercen el poder ejecutivo nacional, en cuyo vértice está el Presidente de la República.

Por su parte, en el nivel estadal (poder estadal), hay una clara y precisa separación entre tres grupos de órganos en cada estado: los órganos legislativos (Consejos legislativos), los órganos ejecutivos (gobernadores y sus dependencias administrativas), y los órganos de control (contraloría estadal); y cada uno de estos órganos tiene su propia administración: la administración de los Consejos legislativos, la "Administración Pública central" que en

[171] Cfr. en general ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Fundamentos de la Administración Pública*, cit.

principio corresponde a los órganos que ejercen el poder ejecutivo, y la administración contralora. Así, también puede decirse que el ámbito propio de la organización administrativa estadal está en los órganos ejecutivos, en esa "Administración Pública estadal" (central o descentralizada) cuyos órganos ejercen el poder ejecutivo de los estados, en cuyo vértice están los gobernadores.

Por último, en el nivel municipal (poder municipal) también hay una clara y neta separación legal entre tres grupos de órganos en cada municipio: los órganos legislativos (concejos municipales), los órganos ejecutivos (alcaldes y sus dependencias administrativas), y los órganos de control (contralorías municipales); y cada uno de esos órganos tiene su propia administración: la administración de los concejos municipales como órganos colegiados, la "Administración Pública central" que en principio corresponde a los órganos que ejercen el poder ejecutivo municipal y la administración contralora. Así, también puede decirse que el ámbito propio de la organización administrativa municipal está en los órganos ejecutivos, en esa "Administración Pública municipal" (central o descentralizada) cuyos órganos ejercen el poder ejecutivo municipal, en cuyo vértice están los alcaldes.

Pero la organización administrativa del Estado no se agota, por ejemplo a nivel nacional, en el ámbito de la "Administración Pública nacional central" que ejerce el poder ejecutivo, pues existen órganos administrativos que derivan de la separación orgánica de poderes que ha establecido la Constitución de 1999, como los órganos del poder ciudadano[172] y del poder electoral, regularizando así la existencia de órganos del Estado con autonomía funcional que en la Constitución de 1961 existían (Consejo de la Judicatura, Contraloría General de la República, Fiscalía General de la República) y que no encuadraban en la clásica trilogía de poderes: legislativos, ejecutivos y judiciales, ni dentro de los órganos que ejercían el poder legislativo, ni dentro de los órganos que ejercían el poder ejecutivo, ni dentro de los órganos que ejercían el poder judicial, y que sin embargo formaban parte de la organización administrativa de la Administración del Estado y, en general, de lo que siempre se ha conocido como Administración Pública nacional.

2. *El régimen de la administración pública en la Constitución de 1999*

La situación anterior es la que ha sido precisamente regularizada constitucionalmente con las previsiones de la Carta de 1999, en la cual con motivo de establecer una penta división del poder público a nivel nacional, además de regular los órganos que ejercen el poder legislativo (Asamblea Nacional), el poder ejecutivo (Presidente de la República, Vicepresidente Ejecutivo, ministros) y del poder judicial (Tribunal Supremo de Justicia, Dirección Ejecutiva de la Magistratura -que sustituyó al Consejo de la Judicatura-, tribunales), ha regulado a los órganos que ejercen el poder ciudadano (Fiscalía General de la República, Contraloría General de la República, Defensoría del Pueblo) y el poder electoral (Consejo Nacional Electoral). Precisamente, en ejercicio de las respectivas ramas del poder público, además de los órganos de la Administración Pública central que ejercen el poder ejecutivo, también configuran la Administración Pública del Estado los órganos de la Asamblea Nacional que ejercen funciones administrativas en ejercicio del poder legislativo, la Dirección Ejecutiva de la Magistratura que ejerce el poder judicial, los órganos que ejercen el poder ciudadano y los órganos que ejercen el poder electoral.

---

[172] Véase la sentencia 340 del 9 de marzo de 2004 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso Impugnación de la Ley Orgánica de La Contraloría General de la Republica y del Sistema Nacional de Control Fiscal y del Reglamento sobre los Concursos para la designación de los titulares de las Contralorías municipales y distritales, en la cual precisó que los órganos de dicho poder ciudadano "constituyen, fuera del Ejecutivo, organizaciones calificables como Administración Pública", *Revista de Derecho Público*, n.º 97 y 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, p. 220

A tal efecto, la Constitución de 1999 contiene un extenso título IV relativo al "poder público", cuyas normas se aplican a todos los órganos que ejercen el poder público tal como lo indica el artículo 136: en su distribución vertical o territorial (poder municipal, poder estadal y poder nacional); y, en el nivel nacional, en su distribución horizontal (poderes legislativo, ejecutivo, judicial, ciudadano y electoral)[173].

En tal sentido, en el Capítulo I "Disposiciones fundamentales" de dicho título IV relativo al poder público se regulan todos los principios fundamentales sobre la "Administración Pública" relativos a la organización administrativa (art. 236.20) y a la administración descentralizada funcionalmente (arts. 142 y 300); a de la actuación administrativa (art. 141); a la función pública (arts. 145 a 149) y su responsabilidad (art. 139); a los bienes públicos (arts. 12, 181 y 304); a la información administrativa (art. 143); a la contratación administrativa (arts. 150 y 151); a la responsabilidad patrimonial del Estado (art. 140), y al régimen de control de la gestión administrativa, tanto popular (art. 62) como político (art. 66), fiscal (art. 287) y de gestión (art. 315). De allí que a los efectos de dichas regulaciones constitucionales lo primero que debe determinarse es cuáles son los órganos estatales que ejercen el poder público y que pueden considerarse como tal "Administración Pública"[174].

Ante todo, por supuesto, están los órganos de los diversos niveles del poder público (nacional, estadal y municipal) que ejercen el poder ejecutivo. En consecuencia, las normas que contiene la sección se aplican a todas las "administraciones públicas" ejecutivas de la República (Administración Pública nacional), de los estados (administración pública estadal), de los municipios (administración pública municipal) y de las otras entidades políticas territoriales que establece el artículo 16 de la Constitución, entre las cuales se destacan los Distritos Metropolitanos cuyos órganos ejercen el poder municipal.

Pero la Administración Pública del Estado venezolano en los tres niveles territoriales de distribución vertical del poder público no se agota en los órganos y entes de la Administración Pública ejecutiva (que ejercen el poder ejecutivo), pues también comprende los otros órganos de los poderes públicos que desarrollan las funciones del Estado de carácter sublegal. En tal sentido, en el nivel nacional, los órganos que ejercen el poder ciudadano (Fiscalía General de la República, Contraloría General de la República y Defensoría del Pueblo) y el poder electoral (Consejo Nacional Electoral), sin la menor duda, son órganos que integran la Administración Pública del Estado, organizados con autonomía funcional respecto de los órganos que ejercen otros poderes del Estado. En cuanto a los órganos que ejercen el poder judicial, los que conforman la Dirección Ejecutiva de la Magistratura mediante la cual el Tribunal Supremo de Justicia ejerce la dirección, gobierno y administración del poder judicial, también son parte de la Administración Pública del Estado.

En consecuencia, en los términos de la sección segunda del título IV de la Constitución, la Administración Pública del Estado no sólo está conformada por órganos que ejercen el poder ejecutivo, sino por los órganos que ejercen el poder ciudadano y el poder electoral, y por la Dirección Ejecutiva de la Magistratura que en ejercicio del poder judicial tiene a su cargo la dirección, el gobierno y la administración del poder judicial[175].

---

173 Véase nuestra propuesta sobre este título en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, t. II, pp. 159 y ss.

174 Véase nuestra propuesta sobre estos artículos en íd., pp. 189 a 190. Véase además los comentarios en íd. *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano,* t. I., cit., pp. 276 y ss.

175 Cfr. en general, ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1994, pp. 11 y 53.

En efecto, como se ha dicho, a nivel nacional, a partir de la Constitución de 1961, ya habían comenzado a encontrar encuadramiento constitucional diversos órganos estatales que se configuraban también como parte de la Administración Pública como complejo orgánico, pero que no dependían del Ejecutivo nacional ni estaban subordinados a ninguno de los tres conjuntos orgánicos clásicos del Estado (legislativo, ejecutivo, judicial). Se trataba de órganos constitucionales con autonomía funcional, que también eran órganos de la República como persona político territorial nacional, y que eran: el Ministerio Público, también denominado Fiscalía General de la República; la Contraloría General de la República; el Consejo de la Judicatura, y el Consejo Supremo Electoral. Por supuesto, estos eran órganos que forman parte de la Administración Pública nacional regulados por el derecho administrativo, aun cuando no formaran parte del Ejecutivo nacional ni de la Administración Pública central, ni tuvieran personalidad jurídica propia.

Esta tendencia fue la que se consolidó en la Constitución de 1999, al establecerse la ya mencionada penta división del poder público, agregándose a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial el poder ciudadano y el poder electoral (art. 136). Por ello, puede decirse que también conforman e integran la Administración Pública a nivel nacional los órganos que ejercen el poder ciudadano, es decir, la Fiscalía General de la República o Ministerio Público, la Contraloría General de la República, y la Defensoría del Pueblo; así como los órganos que ejercen el poder electoral, como el Consejo Nacional Electoral; e igualmente, puede considerarse que es un órganos de la Administración Pública nacional la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia. Todos esos órganos conforman la Administración Pública nacional, aun cuando, por supuesto, no la Administración Pública central cuyos órganos son los que ejercen el poder ejecutivo nacional.

Para desarrollar los principios constitucionales relativos a la Administración Pública, en todo caso, se ha dictado la Ley Orgánica de la Administración Pública[176] (LOAP), cuyas disposiciones son básicamente "aplicables a la Administración Pública nacional" (art. 2.º). La ley, sin embargo, no define qué ha de entenderse por ello; pero de su normativa se deduce que abarca la Administración Pública que conforman los órganos que ejercen el poder ejecutivo nacional y aquéllos que conforman la Administración Pública nacional descentralizada sometida al control de aquél, con forma de derecho público.

En cuanto a la Administración Pública que conforman los demás órganos del poder público nacional, es decir, los que a nivel nacional ejercen el poder judicial, el poder ciudadano y el poder electoral, las disposiciones de la Ley Orgánica sólo se les aplican "supletoriamente" (art. 2.º). En cuanto a los órganos que ejercen el poder legislativo, respecto de las funciones administrativas que realicen, conforme al artículo 2.º LOAP, también se les podrán aplicar sus disposiciones supletoriamente.

En relación con los órganos de los poderes públicos que derivan de la distribución territorial del poder público, conforme al artículo 2.º LOAP, "los principios y normas (de la Ley Orgánica) que se refieran en general a la Administración Pública, o expresamente a los estados, distritos metropolitanos y municipios, serán de obligatoria observancia por éstos, quienes desarrollarán los mismos dentro del ámbito de sus respectivas competencias".

---

176 *Gaceta Oficial* n.º 37.305 del 17 de octubre de 2001. Esta Ley Orgánica sólo fue derogada expresamente la Ley Orgánica de la Administración Central, cuya última reforma había sido la hecha mediante decreto ley n.º 369 del 14 de septiembre de 1999, en *Gaceta Oficial* n.º 36.850 del 14 de diciembre de 1999. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS y Rafael Chavero G., *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002.

X. EL PRINCIPIO DE LOS FINES DEMOCRÁTICOS, SOCIALES Y DE JUSTICIA DEL ESTADO

La Constitución de 1999 definió al Estado venezolano, no sólo como un Estado de derecho (principio de legalidad), sino como un Estado democrático, social y de justicia (art. 2.º), condicionado, por tanto, por unos valores que deben propugnar sus órganos, así como por unos fines que están plasmados en la propia Constitución, de orden democrático, social y de justicia.

En efecto, el artículo 2.º del Texto Fundamental dispone que el Estado propugna "como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político"; y el artículo 3.º precisa que el Estado "tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución"; agregándose que "La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines".

Estos valores y fines son los que configuran al Estado, precisamente, como un Estado democrático, social y de justicia, lo que constituye el décimo de los principios fundamentales del derecho público en la Constitución de 1999; principio que tiene también particular importancia para el derecho administrativo, pues su contenido configura el marco de actuación de la Administración Pública.

En efecto, en cuanto al Estado democrático, sus fines son la profundización de la democracia representativa como régimen político, haciendo énfasis en la participación política, como fundamento de toda la organización política de la Nación; lo que deriva del Preámbulo (sociedad democrática) y de los artículos 2, 3, 5 y 6 C. Pero por supuesto, la representación no se opone a la participación, ya que la dicotomía que existe es entre democracia representativa y democracia directa[177]. Como lo ha puntualizado la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia 1037 de 1 de agosto de 2000 (caso Asociación de Propietarios y Residentes de la Urbanización Miranda (APRUM) *vs.* Alcaldía del municipio Sucre del Estado Miranda):

La democracia participativa no choca necesariamente con la democracia representativa, ni se excluyen, y dentro de un sistema Republicano necesariamente deben haber autoridades, poderes públicos que representen a los demás, y esa es la esencia misma de la República como tal; son estos entes representativos quienes van a establecer las normas para poder permitir la participación, porque toda participación debe estar sujeta a unas normas o a un principio de legalidad que establezca cuáles son los poderes de la Administración Pública y en qué manera los ciudadanos pueden hacerse parte de la actividad administrativa y la participación legítima a los órganos de representación republicanos, razón por la cual ambos tipos de democracia se complementan[178].

---

177 Véase sentencia 207 del 19 de diciembre de 2001 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, caso Proyecto Venezuela *vs.* Consejo Nacional Electoral, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 345.

178 Véase *Revista de Derecho Público*, n.º 83, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 394. Sobre la democracia participativa véase lo expuesto por la Sala en sentencia 21 del 12 de marzo de 2003, caso Interpretación del artículo 141 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 199 y ss.

Por tanto, el primer valor del constitucionalismo es la democracia, quedando plasmado el Estado democrático en los principios fundamentales del Texto constitucional, comenzando por la forma de ejercicio de la soberanía mediante mecanismos de democracia directa y de democracia representativa[179].

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 23 del 22 de enero de 2003 (caso Interpretación del artículo 71 de la Constitución) ha señalado sobre el tema del perfeccionamiento de la democracia como fin del texto constitucional, que:

De este modo, como bien lo aclara la Exposición de Motivos de la Constitución, el régimen constitucional vigente responde a una sentida aspiración de la sociedad civil organizada que pugna por cambiar la negativa cultura política generada por décadas de un Estado centralizado de partidos (Cfr. Allan R. BREWER-CARÍAS, *Problemas del Estado de Partidos*, Caracas, 1988, pp. 39 y ss) que mediatizó el desarrollo de los valores democráticos, a través de la participación ciudadana que ya no se limita a procesos electorales, pues se reconoce la necesidad de la intervención del pueblo en los procesos de formación, formulación y ejecución de políticas públicas, como medio para superar los déficit de gobernabilidad que han afectado nuestro sistema político debido a la carencia de armonía entre el Estado y la sociedad.

Ello indica, que el modelo democrático electivo, participativo y protagónico instaurado en Venezuela a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, concibe a la gestión pública y la preservación y fomento del bien común como un proceso en el cual se establece una comunicación permanente entre gobernantes y ciudadanos, entre los representantes y sus representados, lo cual implica una modificación radical, a saber, de raíz, en la orientación de las relaciones entre el Estado y la sociedad, en la que se devuelve a esta última su legítimo e innegable protagonismo, a través del ejercicio de sus derechos políticos fundamentales, enunciados en el Capítulo IV del Título III de la Norma Suprema.

Dicho proceso de profundización de la cultura democrática del pueblo venezolano, vía proceso constituyente y Constitución, se ve además reforzado en sus propósitos por el marco jurídico internacional, suscrito y ratificado por la República Bolivariana de Venezuela, en materia de derechos humanos, siendo ejemplo de ello lo dispuesto en los artículos 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes de Hombre, 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, integrantes todos ellos del llamado bloque de la constitucionalidad de acuerdo con el artículo 23 del Texto Fundamental.

De tal manera que, como lo afirma la Carta Democrática Interamericana suscrita el 11 de septiembre de 2001 en Lima, capital de la República del Perú, el carácter participativo de la democracia en Venezuela en los diferentes ámbitos de la actividad pública tiende progresivamente a la consolidación de los valores democráticos y a la libertad y la solidaridad en los distintos niveles político territoriales en que se distribuye el poder público a lo largo y ancho de la República, y por ello mismo, si bien la democracia representativa es la base del Estado de derecho y de los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, ésta se refuerza y profundiza únicamente con la participación y protagonismo permanente, ético y responsable de la ciudadanía[180].

---

179 Véase nuestras propuestas sobre el tema de la democracia representativa en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, t. I, cit., pp. 183 y ss. Véase los comentarios en id. *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, t. I, cit. pp. 172 y ss; e id., *Instituciones Políticas y Constitucionales*, t. I, "Evolución histórica del Estado", cit. pp. 507, 510 a 513, y 599.

180 Véase *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 215 y ss.

En cuanto al Estado social, el mismo está basado en la Constitución, en la concepción del Estado con obligaciones sociales y de procura de la justicia social, lo que lo lleva a intervenir en la actividad económica y social, como Estado prestacional[181], o más propiamente, como "aquella unidad política (cualquier ente político territorial) a la que los ciudadanos, mediante el pacto social, le ha otorgado potestades para que satisfaga la procura existencial[182].

Tal carácter social deriva principalmente del valor fundamental de la igualdad y no discriminación establecido en el Preámbulo y el artículo 1º constitucional el cual, además de derecho fundamental (art. 21), es el pilar de actuación del Estado (art. 2.º); y de la declaración del principio de la justicia social como base del sistema económico (art. 299)[183].

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 85 del 24 de enero de 2002 (caso Deudores hipotecarios *vs.* Superintendencia de Bancos), ha desarrollado muy extensamente el concepto de Estado social, y después de analizar su evolución doctrinal y constitucional consideró que:

Persigue la armonía entre las clases, evitando que la clase dominante, por tener el poder económico, político o cultural, abuse y subyugue a otras clases o grupos sociales, impidiéndoles el desarrollo y sometiéndolas a la pobreza y a la ignorancia; a la categoría de explotados naturales y sin posibilidad de redimir su situación.

A juicio de esta Sala, el Estado Social debe tutelar a personas o grupos que en relación con otros se encuentran en estado de debilidad o minusvalía jurídica, a pesar del principio del Estado de Derecho Liberal de la igualdad ante la ley, el cual en la práctica no resuelve nada, ya que situaciones desiguales no pueden tratarse con soluciones iguales. El Estado Social para lograr el equilibrio interviene no solo en el factor trabajo y seguridad social, protegiendo a los asalariados ajenos al poder económico o político, sino que también tutela la salud, la vivienda, la educación y las relaciones económicas, por lo que el sector de la Carta Magna que puede denominarse la Constitución Económica tiene que verse desde una perspectiva esencialmente social.

El Estado Social va a reforzar la protección jurídico-constitucional de personas o grupos que se encuentren ante otras fuerzas sociales o económicas en una posición jurídico-económica o social de debilidad, y va aminorar la protección de los fuertes. El Estado está obligado a proteger a los débiles, a tutelar sus intereses amparados por la Constitución, sobre todo a través de los Tribunales; y frente a los fuertes, tiene el deber de vigilar que su libertad no sea una carga para todos. Como valor jurídico, no puede existir una protección constitucional a expensas de los derechos fundamentales de otros. Tal como decía Ridder, "el Estado se habilita para intervenir compensatoriamente, desmontando cualquier posición de poder siempre que lo estime conveniente", pero, agrega la Sala, fundado en la ley y en su interpretación desde el ángulo de los conceptos que informan esta forma de Estado.

El Estado social trata de armonizar intereses antagónicos de la sociedad, sin permitir actuaciones ilimitadas a las fuerzas sociales, en base al silencio de la ley o a ambigüedades de la misma, ya que ello conduciría a que los económica y socialmente mas fuertes esta-

---

181 Véase nuestras propuestas en relación con el régimen constitucional del sistema económico, en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente),* t. III, 18 octubre-30 noviembre, Caracas, Fundación de Derecho Público, 1999, pp. 20 y ss.

182 Véase sentencia 1002 del 26 de mayo de 2004 de la Sala Constitucional, caso Federación Médica Venezolana *vs*. Ministra de Salud y Desarrollo Social y el Presidente del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, *Revista de Derecho Público*, n.º 97 y 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, p. 148

183 Cfr. lo expuesto sobre el tema en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Instituciones políticas y constitucionales*, t. I, "Evolución histórica del Estado", cit. pp. 508, 513 a 516, y 593 y ss.

blezcan una hegemonía sobre los débiles, en la que las posiciones privadas de poder se convierten en una disminución excesiva de la libertad real de los débiles, en un subyugamiento que alienta perennemente una crisis social[184].

La Sala, después de analizar el concepto de Estado social de derecho en el derecho constitucional venezolano, concluyó indicando que el mismo tiene que adaptarse a los valores finalistas del Preámbulo, del cual se colige que el Estado social está destinado a fomentar la consolidación de la solidaridad social, la paz, el bien común, la convivencia, el aseguramiento de la igualdad, sin discriminación ni subordinación, anteponiéndose el bien común (el interés general) al particular, y reconociendo que ese bien común se logra manteniendo la solidaridad social, la paz y la convivencia. De allí concluyó la Sala que, "En consecuencia, las leyes deben tener por norte esos valores, y las que no lo tengan, así como las conductas que fundadas en alguna norma, atenten contra esos fines, se convierten en inconstitucionales"[185].

Por último, en cuanto al Estado de Justicia, se lo concibe en la Constitución como el Estado que tiende a garantizar la justicia por encima de la legalidad formal, de manera que como lo ha señalado la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, la Constitución "ha convertido a la República en un "Estado justicialista" por encima, incluso, de aquellas formalidades procesales no esenciales para la tramitación de las pretensiones de los justiciables[186]. De acuerdo con lo establecido por la Sala Constitucional en sentencia 389 del 7 de marzo de 2002:

El principio de la informalidad del proceso ha sido estudiado por la doctrina y la jurisprudencia constitucional, como un elemento integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, específicamente al derecho de acceso a la justicia, pues debe garantizársele a todo ciudadano que desee someter un asunto a los órganos jurisdiccionales, que obtendrá una respuesta motivada, proporcionada y conforme al ordenamiento legal preexistente.

A la par del derecho del justiciable a obtener un pronunciamiento de fondo, el propio ordenamiento jurídico ha establecido una serie de formalidades que pueden concluir con la terminación anormal del proceso, ya que el juez puede constatar que la irregularidad formal se erige como un obstáculo para la prosecución del proceso.

Así, el juez puede constatar el incumplimiento de alguna formalidad y desestimar o inadmitir la pretensión de alguna de las partes, sin que ello se traduzca, en principio, en una violación al derecho a la tutela judicial efectiva, ya que esas formalidades han sido establecidas como una protección de la integridad objetiva del procedimiento[187].

Por ello, la Constitución igualmente estableció en el Preámbulo y en el artículo 1.º el valor justicia, sino que reguló expresamente el derecho de acceso a la justicia y a la obten-

---

184 Véase *Revista de Derecho Público* n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, pp. 94 y ss.

185 *Idem.*

186 Véase sentencia del 8 de marzo de 2000, caso Alida Peñaloza L. *vs.* Dirección General Sectorial de los Servicios de Inteligencia y Prevención, *Revista de Derecho Público*, nº 81, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 147. Véase, además, de la misma Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 16 de enero de 2003, caso Rita Santana *vs.* Procuraduría General de la República, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, p. 411. Sobre el tema de la ausencia de formalismos, véase la sentencia 2038 del 24 de octubre de 2001 de la Sala Constitucional, caso Armando O. Moreno C. *vs.* Juzgado Superior Sexto Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 151.

187 Véase caso Agencia Ferrer Palacios C.A. *vs.* Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, *Revista de Derecho Público* n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, p. 175.

ción de una tutela efectiva de los derechos e intereses de las personas. A tal efecto, la Constitución postuló la necesaria organización de los tribunales de manera de garantizar una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles (art. 26)[188].

En relación con esta noción del Estado de Justicia, entre los múltiples fallos dictados por el Tribunal Supremo de Justicia, se destaca la sentencia 949 de la Sala Político Administrativa del 26 de abril de 2000, en la cual se señaló:

En consecuencia, cuando el Estado se califica como de Derecho y de Justicia y establece como valor superior de su ordenamiento jurídico a la Justicia y la preeminencia de los derechos fundamentales, no está haciendo más que resaltar que los órganos del poder público y en especial el sistema judicial- deben inexorablemente hacer prelar una noción de justicia material por sobre las formas y tecnicismos, propios de una legalidad formal que ciertamente ha tenido que ceder frente a la nueva concepción de Estado.

Y esta noción de Justicia material adquiere especial significación en el fértil campo de los procesos judiciales en los que el derecho a la defensa y debido proceso (artículo 49 C.), la búsqueda de la verdad como elemento consustancial a la Justicia, en los que no se sacrificará ésta por la omisión de formalidades no esenciales (artículo 257), y el entendimiento de que el acceso a la Justicia es para que el ciudadano haga valer sus derechos y pueda obtener una tutela efectiva de ellos de manera expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26), conforman una cosmovisión de Estado justo, del justiciable como elemento protagónico de la democracia, y del deber ineludible que tienen los operadores u operarios del poder judicial de mantener el proceso y las decisiones dentro del marco de los valores y principios constitucionales.

Todo esto nos lleva a que el proceso deja de ser un laberinto, con trabas y obstáculos, donde el Juez es un simple espectador de argucias y estrategias, y se convierte en un instrumento viable para la paz social y el bien común. Esto reafirma al proceso y al derecho procesal como un área jurídica que forma parte del derecho público y que está íntimamente vinculada a la sensibilidad social. En consecuencia, al cambiar el rol del Estado y de la sociedad, con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Juez y el proceso pasan a ser elementos esenciales en la conformación de un Estado de Justicia[189].

Esta concepción del Estado de Justicia también ha sido analizada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, particularmente en la sentencia 389 de 7 del marzo de 2002, en la cual reiteró el principio de la informalidad del proceso en los siguientes términos:

La justicia constituye uno de los fines propios del Estado Venezolano, conforme lo estatuye el artículo 2.º de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, fin que realiza a través del proceso, como un instrumento fundamental.

---

188 Cfr. en general, CARLOS J. SARMIENTO SOSA, *La justicia en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Extradición),* Caracas, Vadell Hermanos, 2000, pp. 147 y ss.; EMILIO SPÓSITO CONTRERAS, "Implicaciones del Estado de derecho y justicia en algunos aspectos de la relación súbdito-gobierno", *Revista de derecho,* n.º 4, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 53 a 84.

189 Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 163 y ss. Véase además, la sentencia 1213 del 19 de agosto de 2003 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, caso Tomás A. Salazar Marcano *vs.* SENIAT, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, p. 407.

El propio Texto Constitucional se ha encargado de desarrollar las garantías y principios que deben imperar en todo proceso, dentro de las cuales se encuentran la garantía de una justicia "sin formalismos o reposiciones inútiles" o la del no sacrificio de la justicia por "la omisión de formalidades no esenciales", prevista expresamente en sus artículos 26 y 257. De allí que, por mandato constitucional, el principio de la informalidad del proceso se constituye en una de sus características esenciales.

El principio de la informalidad del proceso ha sido estudiado por la doctrina y la jurisprudencia constitucional, como un elemento integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, específicamente al derecho de acceso a la justicia, pues debe garantizársele a todo ciudadano que desee someter un asunto a los órganos jurisdiccionales, que obtendrá una respuesta motivada, proporcionada y conforme al ordenamiento legal preexistente.

A la par del derecho del justiciable a obtener un pronunciamiento de fondo, el propio ordenamiento jurídico ha establecido una serie de formalidades que pueden concluir con la terminación anormal del proceso, ya que el juez puede constatar que la irregularidad formal se erige como un obstáculo para la prosecución del proceso.

Así, el juez puede constatar el incumplimiento de alguna formalidad y desestimar o inadmitir la pretensión de alguna de las partes, sin que ello se traduzca, en principio, en una violación al derecho a la tutela judicial efectiva, ya que esas formalidades han sido establecidas como una protección de la integridad objetiva del procedimiento.

Pero no todo incumplimiento de alguna formalidad puede conducir a la desestimación o inadmisión de la pretensión, ya que para ello el juez debe previamente analizar: a) la finalidad legítima que pretende lograrse en el proceso con esa formalidad; b) constatar que esté legalmente establecida; c) que no exista posibilidad de convalidarla; d) que exista proporcionalidad entre la consecuencia jurídica de su incumplimiento y el rechazo de la pretensión.

Solamente cuando el juez haya verificado que no se cumpla con los elementos antes descritos es que debe contraponer el incumplimiento de la formalidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, específicamente de acceso a la justicia, para desechar o inadmitir la pretensión del justiciable y en caso de dudas interpretarse a favor del accionante, ello en cumplimiento del principio del *pro actione*[190].

XI. EL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Así como la Constitución regula la organización del Estado mediante sistemas de distribución y división o separación del poder público (parte orgánica), también tiene por objeto regular no sólo los fines del Estado, como se ha visto, sino el estatuto de las personas y de la sociedad civil, y sus relaciones con el propio Estado. Ello se concreta en el régimen de los derechos[191] y deberes constitucionales de las personas (parte dogmática),

---

190 Véase *Revista de Derecho Público*, n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, pp. 176 y ss.

191 Cfr. en general, Josefina Calcaño de Temeltas, "Notas sobre la constitucionalización de los Derechos Fundamentales en Venezuela", en *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías,* t. I, cit., pp. 2489 a 2535; Germán J. Bidart Campos, "¿La incorporación constitucional de un sistema de derechos es una respuesta iusnaturalista o positivista?", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías,* t. III, cit. pp. 2483 a 2487; Rafael Ortiz-Ortiz, "Los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela. Apreciaciones generales y principios orientadores de su ejercicio", *Revista de la Facultad de Derecho,* n.º 1, Valencia, Universidad de Carabobo, 2002, pp. 339 a 369; Agustina Y. Martínez, "Los derechos humanos en la Constitución venezolana: consenso y disenso", *Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón,* vol. I, cit. pp. 549 a 572;

en el cual se establece esa relación Estado-Sociedad, de particular importancia para el derecho administrativo pues precisan los campos de actuación prestacional de la Administración Pública.

En esta materia de los derechos constitucionales[192], y en particular en relación con los derechos humanos, sin duda, la Constitución de 1999 es un texto en el cual se han incorporado notables innovaciones signadas por el principio de la progresividad de la protección de los derechos humanos[193].

1. *El principio de la progresividad y la no discriminación*

El artículo 19 C. 1999 comienza el título relativo a los deberes, derechos y garantías constitucionales disponiendo que el Estado debe garantizar a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos.

El respeto y la garantía de los derechos, por tanto, son obligatorios para los órganos del poder público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen; exigiéndose en todo caso de actuaciones de la Administración, la interpretación más favorable a la libertad y al ejercicio de los derechos.

Se establece así, en *primer lugar*, la garantía estatal de los derechos humanos, conforme al principio de la progresividad[194], lo que implica necesariamente que la interpretación de las normas correspondientes y cualquier revisión constitucional futura debe realizarse de manera más favorable al ejercicio y goce de los derechos y, además, conforme al principio de la no discriminación. Sobre este principio, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, citando el artículo 2.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sentencia 1154 de 29 de junio de 2001, ha indicado que “en razón del cual resulta menester la adecuación del ordenamiento jurídico para asegurar la efectividad de dichos derechos, no siendo posible la excusa de la inexistencia o no idoneidad de los recursos consagrados en el orden interno para la protección y aplicación de los mismos”[195].

Sobre el propio principio de la progresividad, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 1.º de junio de 2000 (caso Julio Roco A.) ha argumentado que el mismo:

---

y ÉLIDA APONTE SÁNCHEZ, “Los derechos humanos: fundamentación, naturaleza y universalidad”, ibíd., vol I, pp. 85 a 108.

192 Sobre una supuesta distinción entre derechos constitucionales y derechos fundamentales, más propia de las constituciones europeas, como las de Alemania y España, que de la venezolana, véase la sentencia del 24 de mayo de 2000 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 323.

193 Véase nuestras propuestas para incorporar estas normas en el texto del cap. sobre “Disposiciones Generales” del título IV sobre los “Deberes, Derechos Humanos y Garantías de la Constitución” en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, t. II, cit. pp. 77 a 115. Sin embargo, en la materia también hubo notables regresiones específicas, como la eliminación del derecho de protección a las personas desde la concepción, a la violación de la reserva legal como garantía de los derechos por la previsión de la delegación legislativa al Ejecutivo, y de las regulaciones excesivamente paternalistas y estatistas en el campo de los derechos sociales, en las cuales se ha marginado a la sociedad civil. Véase nuestros votos salvados en esos temas y otros en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, t. III, cit., pp. 109 y ss.

194 Cfr. en relación con el proceso penal, CARMELO BORREGO, *La Constitución y el proceso penal,* Caracas, Livrosca, 2002, pp. 3 y ss.; 57 y ss.

195 Véase *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 113.

Se refiere a la obligación que tiene el Estado de incorporar al ordenamiento jurídico el reconocimiento de todos y cada uno de los derechos humanos consagrados tanto en su texto constitucional, como en los instrumentos internacionales que versen sobre la materia, es decir este principio define la obligación de los Estados de reconocer y velar por la defensa de los derechos humanos de manera consecutiva, con el objeto de garantizar el disfrute y goce de tales derechos en la medida que los mismos han sido considerados como inherentes a la condición humana afirmando pues la condición de la dignidad humana frente al Estado y definiendo la actividad de los poderes públicos al servicio del ser humano.

Es tal la importancia de este principio que su aplicación obliga a los Estados a actualizar su legislación en pro de la defensa de los derechos humanos y en aras de dignificar la condición humana, adaptando la interpretación de las normas "*a la sensibilidad, pensamiento y necesidades de los nuevos tiempos*" a fin *"de ponerlas a tono con el nuevo orden establecido y para rechazar todo precepto anacrónico que se oponga a su efectiva vigencia*".

En este orden de ideas, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el artículo 44 reconoce el derecho a la libertad y sólo consiente en casos muy claros y definidos las excepciones a dicho principio, comentado *supra*, lo cual en concordancia con el principio de progresividad obliga al Estado Venezolano a reconocer en el ordenamiento jurídico existente la primacía del derecho a la libertad, en los términos definidos y previstos por la Constitución, so pena de inconstitucionalidad de la norma en el caso de que esto no ocurra.

En relación con lo anteriormente expuesto, existe un deber para el juez contencioso administrativo, de interpretar todo el ordenamiento jurídico a la luz del derecho de la Constitución, más aún actuando en ejercicio de la jurisdicción constitucional de amparo, lo que quiere decir también, que hay que interpretar el ordenamiento de manera congruente con los derechos fundamentales o derechos humanos, que deben respetarse por encima de todo, realizando una interpretación de manera progresiva e integral[196].

El artículo 19, además, en *segundo lugar*, establece la obligación de los órganos del Estado, en particular de la Administración Pública, de respetar y garantizar los derechos no sólo conforme a la Constitución y a las leyes, sino también conforme a los tratados sobre derechos humanos ratificados por la República, los cuales, por tanto, se han incorporado definitivamente en el orden constitucional interno.

2. *El principio de la libertad*

Al igual que en el artículo 43 C. 1961, el artículo 20 C. 1999 consagra el principio de la libertad, como fundamento de todo el sistema en la materia, al establecer:

> Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social.

Como se había señalado en la Exposición de motivos de la Constitución de 1961, esta norma "sustituye el enunciado tradicional de que todos pueden hacer lo que no perjudique a otro y nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordene ni impedido de ejecutar lo que ella no prohíba".

El límite al ejercicio de los derechos que derivan del concepto de libertad, en todo caso, está establecido por el derecho de los demás y por el orden público y social; limitaciones que sólo pueden establecerse en las leyes, dada la garantía constitucional de la reserva legal. Las limitaciones derivadas del orden público o social originan la actividad de policía administrativa.

---

196 Véase *Revista de Derecho Público,* n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 287 y ss.

3. *La cláusula abierta de los derechos humanos, la preeminencia de los mismos y su aplicación inmediata*

Los derechos humanos garantizados y protegidos conforme a la Constitución, no sólo son los enumerados en su texto, sino todos los demás que sean inherentes a la persona humana, entre los que se destacan los denominados derechos de la personalidad[197]. Así se establecía en el artículo 50 C. 1961 lo que permitió, conforme a dicha norma, que la jurisprudencia incorporara con rango constitucional muchos derechos humanos no enumerados en el texto constitucional[198]; cláusula que se recoge, ampliada, en el artículo 22 C. 1999, así:

> La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

La ampliación de la cláusula deriva de la referencia a los derechos y garantías no enunciados no sólo en la Constitución sino en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, lo cual no puede entenderse como negación a los que sean inherentes a la persona humana[199].

De los artículos 22 y 23 C., conforme al criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, "se desprende que la interpretación constitucional debe siempre hacerse conforme al principio de preeminencia de los derechos humanos, el cual, junto con los pactos internacionales suscritos y ratificados por Venezuela relativos a la materia, forma parte del bloque de la constitucionalidad[200]. Por ello, a su vez, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha hecho especial énfasis en la noción de preeminencia de la dignidad y los derechos de la persona, considerando en sentencia 224 de 24 de febrero de 2000:

---

[197] Cfr. en general, AGUSTINA YADIRA MARTÍNEZ e INNES FARÍA VILLARREAL, "La cláusula enunciativa de los derechos humanos en la Constitución venezolana", *Revista de derecho,* n.º 3, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 133 a 151; RAFAEL ORTIZ-ORTIZ, "Los derechos de la personalidad como derechos fundamentales en el nuevo orden constitucional venezolano", *Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón,* vol. I, cit., pp. 39 a 82; MARÍA C. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, "Innovaciones de la Constitución de 1999 en materia de derechos de la personalidad", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas,* n.º 119. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2000, pp. 17 a 44; MARÍA CANDELARIA DOMÍNGUEZ GUILLÉN, "Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad", *Revista de derecho,* n.º 7, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 49 a 311.

[198] Un ejemplo importante fue la definición del derecho a la participación política como derecho inherente a las personas en la sentencia 17 de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 19 de enero de 1999, con la que se abrió la vía constitucional hacia la convocatoria y elección de la Asamblea Nacional Constituyente. Véase el texto en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1999, pp. 41 y ss; y *Revista de Derecho Público,* n.º 77 a 80 Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1999, pp. 56 y ss. Véase ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "La configuración judicial del proceso constituyente o de cómo el guardián de la Constitución abrió el camino para su violación y para su propia extinción", *Revista de Derecho Público,* n.º 77 a 80 Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1999, pp. 453 y ss.

[199] Cfr. en general, GERMÁN J. BIDART CAMPOS, "Los derechos no enumerados en la Constitución", en *Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón,* vol. I, cit., pp. 225 a 234; AGUSTINA Y. MARTÍNEZ e INNES FARÍA V, "La cláusula enunciativa de los derechos humanos en la Constitución venezolana", cit. pp. 111 a 151.

[200] Véase la sentencia 3215 del 15 de junio de 2004, caso Interpretación del artículo 72 de la Constitución, *Revista de Derecho Público*, n.º 97 y 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, p. 430.

> Este núcleo material axiológico, recogido y desarrollado ampliamente por el Constituyente de 1999, dada su posición preferente, *representa la base ideológica que sustenta el orden dogmático de la vigente Constitución, imponiéndose al ejercicio del poder público y estableciendo un sistema de garantías efectivo y confiable.* De allí que todo Estado Constitucional o Estado de Derecho y de Justicia, lleva consigo la posición preferente de la dignidad humana y de los derechos de la persona, la obligación del Estado y de todos sus órganos a respetarlos y garantizarlos *como objetivo y finalidad primordial* de su acción pública[...]

La Constitución venezolana de 1999 consagra la preeminencia de los derechos de la persona como uno de los *valores superiores* de su ordenamiento jurídico y también refiere que su defensa y desarrollo son uno de *los fines esenciales* del Estado (art. 2 y 3)[201].

Se destaca, además, que al final de la norma del artículo 22 C. se dispone que "La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos", sobre lo cual la Sala Constitucional en sentencia 723 del 15 de mayo de 2001 señaló:

> En razón del carácter operativo de las disposiciones relativas a los derechos humanos, la aplicación de los mismos, sin menoscabo de la integración de la regulación internacional con la interna, no puede estar condicionada a la existencia de una ley que los desarrolle; antes por el contrario, la falta de instrumento jurídico que los reglamente, no menoscaba su ejercicio, por cuanto tales derechos "son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público" (artículos 22 y 23 del Texto Fundamental)"[202].

4. *La jerarquía constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos*

Una de las importantes innovaciones de la Constitución de 1999 en esta materia, como se ha dicho anteriormente, ha sido el haberle otorgado rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, siguiendo los antecedentes de la Constitución de Perú de 1979 (art. 105) y de la Constitución argentina de 1994 (art. 75), y la orientación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sentada en la sentencia de declaratoria de nulidad de la Ley de Vagos y Maleantes del 14 de octubre de 1997[203]. Estos antecedentes llevaron a la inclusión de una norma[204] que quedó redactada así:

> *Artículo 23.* Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorable a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público.

---

201 Véase *Revista de Derecho Público,* n.º 81, Edit. Jurídica Venezolana Caracas, 2000, pp. 131 y ss.

202 Véase *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 113 y ss.

203 Cfr. HUMBERTO J. LA ROCHE, *Ensayos de Derecho Constitucional*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 223 y ss.; CARLOS M. AYALA CORAO, "Recepción de la jurisprudencia internacional sobre Derechos Humanos por la jurisprudencia constitucional", *Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón,* vol. I, cit. pp. 153 a 224.

204 Véase nuestra propuesta para incorporar la norma del artículo 23 de la Constitución en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea nacional Constituyente),* t. II, cit., pp. 111 a 115.

Se destacan, de esta disposición, los siguientes aspectos: primero, la jerarquía constitucional de los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos[205]; segundo, la aplicación prevalente de los mismos en relación con la Constitución y las leyes, si establecen normas más favorables; y tercero, la aplicación inmediata y directa de los mismos por los órganos que ejercen el poder público.

Sobre esta norma constitucional, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia 1942 del 15 de julio de 2003 (caso Impugnación de artículos del Código Penal, sobre "leyes de desacato*"*) sentó los siguientes criterios interpretativos excluyendo de dicha prevalencia a "los informes u opiniones de organismos internacionales, que pretendan interpretar el alcance de las normas de los instrumentos internacionales":

> En materia de derechos humanos, adquieren rango constitucional, equiparadas a normas contenidas en la Constitución, las disposiciones de los Tratados, Pactos y Convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela que resulten más favorables a las establecidas en nuestra Carta Magna o en las leyes nacionales. Así, dichas normas, producto de acuerdos escritos celebrados entre Estados y regidos por el Derecho Internacional, se incorporan al derecho interno.

A juicio de la Sala, dos elementos claves se desprenden del artículo 23: 1) Se trata de derechos humanos aplicables a las personas naturales; 2) Se refiere a normas que establezcan derechos, no a fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc., prescritos en los tratados, sino sólo a normas creativas de derechos humanos.

Dichas disposiciones, al igual que la Constitución, se aplican en Venezuela inmediata y directamente, siempre que sean más favorables para las personas, que los derechos constitucionales, o los derechos humanos contemplados en nuestras leyes; y muchas veces ante antinomias o situaciones ambiguas entre los derechos contenidos en los instrumentos internacionales señalados y la Constitución, corresponderá a la Sala Constitucional interpretar cuál es la disposición más favorable.

Repite la Sala, que se trata de una prevalencia de las normas que conforman los tratados, pactos y convenios (términos que son sinónimos) relativos a derechos humanos, pero no de los informes u opiniones de organismos internacionales, que pretendan interpretar el alcance de las normas de los instrumentos internacionales, ya que el artículo 23 constitucional es claro: la jerarquía constitucional de los tratados, pactos y convenios se refiere a sus normas, las cuales, al integrarse a la Constitución vigente, el único capaz de interpretarlas, con miras al Derecho Venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y que es la Sala Constitucional, y así se declara.

Al incorporarse las normas sustantivas sobre derechos humanos, contenidas en los convenios, pactos y tratados internacionales a la jerarquía constitucional, el máximo y último intérprete de ellas, a los efectos del derecho interno, es esta Sala Constitucional, que determina el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales (artículo 335 constitucional), entre las cuales se encuentran las de los tratados, pactos y convenciones suscritos y ratificados legalmente por Venezuela, relativos a derechos humanos.

---

205 Cfr. en general, CARLOS M. AYALA CORAO, "La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias", *Bases y principios del sistema constitucional venezolano (Ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional realizado en San Cristóbal del 21 al 23 de Noviembre de 2001),* San Cristóbal, vol. I, pp. 167 a 240; y LORENA RINCÓN EIZAGA, "La incorporación de los tratados sobre derechos humanos en el derecho interno a la luz de la Constitución de 1999", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas,* n.º 119, Caracas, Universidad Central de Venezuala, 2000, pp. 87 a 108. Véase nuestra propuesta para la incorporación de esta norma en la Constitución en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea nacional Constituyente),* t. II, cit., pp. 111 y ss.

Resulta así que es la Sala Constitucional quien determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden interno, al igual que cuáles derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela.

Esta competencia de la Sala Constitucional en la materia, que emana de la Carta Fundamental, no puede quedar disminuida por normas de carácter adjetivo contenidas en tratados ni en otros textos internacionales sobre derechos humanos suscritos por el país, que permitan a los Estados partes del tratado consultar a organismos internacionales acerca de la interpretación de los derechos referidos en la convención o pacto, como se establece en el artículo 64 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, ya que, de ello ser posible, se estaría ante una forma de enmienda constitucional en esta materia, sin que se cumplan los trámites para ello, al disminuir la competencia de la Sala Constitucional y trasladarla a entes multinacionales o transnacionales (internacionales), quienes harían interpretaciones vinculantes.

Lo declarado inmediatamente no contradice el artículo 31 constitucional, que está referido al derecho de toda persona a dirigir peticiones o quejas a los organismos internacionales reconocidos por la República, conforme a los tratados, pactos o convenios suscritos por ella, a fin que sean amparados por ellos en sus derechos humanos[206].

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de aplicar esta norma en relación con el derecho de las personas a recurrir de los fallos. En efecto, en sentencia de 14 del marzo de 2000 (caso C.A. Electricidad del Centro y C.A. Electricidad de los Andes), en relación con la limitación que establece el artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia respecto de la apelación de fallos de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, estableció lo siguiente:

Según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en la Constitución y la ley (artículo 49, numeral 1). Esta disposición se halla precedida por otras, según las cuales, la defensa es derecho inviolable en todo estado y grado de la investigación y del proceso (artículo 49, numeral 1, encabezamiento), y la justicia, así como la preeminencia de los derechos humanos, forman parte de los valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 2).

La consideración en conjunto de las disposiciones que anteceden autoriza a reconocer que, si bien el derecho a la defensa forma parte del radical derecho a la justicia, si bien el derecho a recurrir del fallo forma parte del derecho a la defensa, y si bien éste es inviolable en todo estado y grado del proceso, la Constitución y la ley pueden limitar, por excepción, el citado derecho a recurrir del fallo. Sería el supuesto de la negativa a oír recurso que contempla el ya citado artículo 185, último aparte, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, supuesto constitutivo de una limitación excepcional al ejercicio al derecho a la defensa [...]

Cabe interpretar que la norma de la convención -artículo 8.º, numerales 1 y 2, literal h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos- es más favorable al goce y ejercicio del citado derecho, puesto que consagra el derecho de toda persona a ser oída, no sólo en la sustanciación de cualquier acusación penal, sino también en la determinación de sus

---

206 Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 136 y ss. y 164 y ss. Véanse los comentarios sobre esta sentencia en ALBERTO ARTEAGA SÁNCHEZ et al, *Sentencia 1942 vs. Libertad de expresión*, Caracas, 2004.

derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter; establece el derecho a recurrir del fallo, sin excepción alguna; le atribuye la naturaleza de garantía mínima; otorga su titularidad a toda persona, con independencia de su condición en el proceso; y establece que el titular del citado derecho ha de ser tratado bajo el principio de igualdad plena[207].

En igual sentido, la Sala Constitucional, en relación con las condiciones de recurribilidad de los fallos de menor cuantía establecidos en el artículo 891 del Código de Procedimiento Civil, resolvió en sentencia 328 del 9 de marzo de 2001 que la señalada norma del artículo 8.º, numerales 1.º y 2.º, de la Convención Americana de Derechos Humanos contiene una disposición más favorable, en cuanto al derecho de la recurribilidad de los fallos y a la doble instancia[208].

5. *La obligación de los órganos del estado de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de la reserva legal*

Como se señaló, el artículo 19 C. además establece la obligación para los órganos del poder público de respetar y garantizar los derechos humanos no sólo conforme a la Constitución y a las leyes que los desarrollen, sino también, como se ha mencionado, conforme a los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República, los cuales, por tanto, se han incorporado definitivamente en el orden constitucional interno. Sobre esto, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia 127 (caso Carlos E. Leplace M. *vs.* Coordinadora Democrática) ha señalado;

> […] se infiere que existe tanto una vinculación negativa para los órganos del poder público, traducida en la obligación de permitir el ejercicio de los derechos fundamentales, así como una vinculación positiva referida a la instrumentación de mecanismos idóneos para el efectivo y real disfrute de esos derechos en las leyes que sobre la materia sancione la Asamblea Nacional. En términos del Tribunal Constitucional Español, "*los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que [...] han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico*" (STC del 15 de junio de 1981)[209].

En toda actuación de los órganos del Estado, y particularmente de los órganos de la Administración Pública, por tanto, los funcionarios tienen la obligación constitucional de respetar y garantizar los derechos humanos, de manera que siempre se debe imponer en las mismas la interpretación más favorable a la plena vigencia de los derechos.

Por otra parte, de acuerdo con la Constitución, si bien los derechos constitucionales son limitables (salvo los de carácter absoluto, como la vida), toda limitación o restricción a

---

[207] Véase én *Revista de Derecho Público*, n.º 81, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 157 a 158; citada también en sentencia 328 del 9 de marzo de 2001 de la misma Sala, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 108 y ss. La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo interpretó y desarrolló el criterio establecido por la Sala Constitucional en relación con la inaplicabilidad del Artículo 185 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 802 del 13 de abril de 2000, caso Elecentro *vs.* Superintendencia Procompetencia, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 270.

[208] Ibíd. Véase además en sentido similar, la sentencia 449 del 27 de marzo de 2001 de la Sala Político Administrativa, caso Dayco de Construcciones *vs.* INOS, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 110 y ss. La Sala Político Administrativa, por su parte, ha negado la prevalencia del artículo 8 de la Convención Americana en caso de solicitudes formuladas por parte de personas jurídicas, al entender que la misma se refiere a derechos humanos de las personas naturales. Véase sentencia 278 del 1 de marzo de 2001, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 104 y ss.

[209] Véase *Revista de Derecho Público*, n.º 99 y 100, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 85 y ss.

los mismos tiene que estar establecida en una ley; es decir, están reservadas al legislador. Como también lo ha destacado la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia 127 (caso Carlos E. Leplace M. *vs.* Coordinadora Democrática):

> Los derechos fundamentales sólo pueden ser desarrollados en leyes orgánicas, de conformidad con lo previsto en el artículo 203 de la Constitución. Igualmente cabe destacar, que atendiendo a lo dispuesto en el artículo 156 numeral 32, la legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales, entre otros aspectos, es de la competencia del poder público nacional, y por ende materia de reserva legal, lo que implica que su contenido sólo puede ser regulado por la Asamblea Nacional, con lo cual se sustrae a eventuales injerencias de cualquier otro órgano del poder público. En ese sentido, la Sala Constitucional ha sido categórica al señalar que "*a la Asamblea Nacional, en el sistema de la distribución de competencias, es el único poder a quien corresponde reglamentar, de manera general y permanente, el ejercicio y protección de los derechos fundamentales*" (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia número 1309 del 19 de julio de 2001). De otra parte se tiene que el legislador, no puede regular el ejercicio de esos derechos, alterando sus atributos esenciales (contenido esencial). El Tribunal Constitucional Español ha determinado que se lesionaría el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (STC del 8 de abril de 1981)[210].

XII. EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

La realización de actividades estatales, como resultado del ejercicio de competencias por los titulares de los órganos que ejercen el poder público, como toda actividad en el mundo del derecho, puede producir daños a las personas, en particular a los administrados, tanto como resultado del ejercicio lícito de los poderes públicos como por hecho ilícito. Si estos daños se producen, tanto los titulares de los órganos del Estado (los funcionarios públicos) como las personas jurídicas estatales deben responder por los mismos. Por ello, el décimo de los principios fundamentales del derecho público en la Constitución de 1999 es el de la responsabilidad de los funcionarios públicos y del Estado, el cual tiene particular importancia en materia de derecho administrativo pues es en ejercicio de la función administrativa que el Estado entra en relación jurídica con los administrados.

1. *La responsabilidad individual de los funcionarios públicos*

En cuanto a los funcionarios públicos, el artículo 139 C., que recoge una norma que ha sido tradicional de nuestro constitucionalismo relativa al principio de la responsabilidad individual de los titulares de los órganos que ejercen el poder público, dispone que "El ejercicio del poder público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la Ley".

En consecuencia, la responsabilidad de los funcionarios, cuando en ejercicio del poder público causen daños, puede originarse por abuso de poder, es decir, por el llamado vicio en la causa de los actos estatales (falso supuesto, p. ej.); por desviación de poder, que es el vicio en la finalidad del acto estatal, al utilizarse el poder conferido para perseguir fines

210 Véase *Revista de Derecho Público*, n.º 99 y 100, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 85 y ss.

distintos a los establecidos en la norma atributiva de competencia; y en general, por violación de la Constitución o de la ley, es decir, en general, por contrariedad al derecho[211].

La Constitución, por otra parte, y también siguiendo una larga tradición de nuestro constitucionalismo, reitera el principio de la responsabilidad de los funcionarios públicos, pero en particular respecto de los actos que dicten, ordenen, ejecuten, violen o menoscaben los derechos garantizados constitucionalmente; responsabilidad que puede ser civil, penal y administrativa, sin que pueda servirles de excusa a los funcionarios órdenes superiores que reciban (art. 25). Este mismo principio lo repite el artículo 8.º LOAP en relación con los funcionarios "de la Administración Pública".

En estos casos, conforme al artículo 10º ibídem, y sin perjuicio del derecho de acceso a la justicia establecido en la Constitución (art. 26) y la ley, los particulares cuyos derechos humanos hayan sido violados o menoscabados por un acto u orden de un funcionario público pueden, directamente o a través de su representante, acudir ante el Ministerio Público para que éste ejerza las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva "la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria" en que hubiere incurrido dicho funcionario. Igualmente, pueden acudir ante la Defensoría del Pueblo para que ésta inste al Ministerio Público a ejercer dichas acciones y, además, para que la Defensoría del Pueblo solicite ante el Consejo Moral Republicano que adopte las medidas a que hubiere lugar con respecto a tales funcionarios, de conformidad con la ley.

A los efectos incluso de la posibilidad de exigencia de responsabilidad, la Ley Orgánica establece el principio de rendición de cuentas, al disponer en su artículo 11 que las autoridades y funcionarios de la Administración Pública deben "rendir cuentas de los cargos que desempeñen en los términos y condiciones que determine la ley".

Debe indicarse, por último, que la Constitución, además de haber sido reiterativa en el establecimiento de la responsabilidad individual de los funcionarios en ejercicio del poder público (arts. 46.4, 199, 200, 216, 222, 232, 241, 242, 244, 281.4 y 5, 285.4 y 315), la ha reafirmado en particular respecto de los jueces por los daños causados a los ciudadanos en el ejercicio de sus funciones, por ejemplo, por retardo o error judicial (arts. 49.8 y 255).

2. *La responsabilidad patrimonial del estado*

Pero además de haber establecido la responsabilidad individual de los funcionarios, una de las innovaciones importantes de la Constitución de 1999 en materia de régimen general del ejercicio del poder público, fue la previsión expresa del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, es decir, de las personas jurídicas estatales, básicamente las que resultan de la distribución vertical del poder público (República, estados y de municipios), por los daños y perjuicios que causen los funcionarios en ejercicio de sus funciones.

En la Constitución de 1961, el principio de la responsabilidad del Estado se deducía de la previsión del artículo 47, que establecía que las personas no podían pretender que los entes estatales las indemnizaren sino por daños causados por "autoridades legítimas en ejercicio de su función pública"; y del artículo 206, que regulaba la jurisdicción contencioso administrativa (equivalente al art. 259 C. 1999), al atribuirle a los tribunales de dicha jurisdicción competencia para dictar sentencias de condena "al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración".

En la Constitución de 1999, sin embargo, se incluyó una norma expresa en la materia[212], con el siguiente texto:

---

[211] Cfr. SALVADOR LEAL WILHELM, "Responsabilidad civil del funcionario público en razón del delito", *Ensayos de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca,* vol. I, cit. pp. 939 a 958.

Artículo 140. El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública.

De la expresión "funcionamiento de la Administración Pública" se admite que la responsabilidad del Estado se puede originar cuando la lesión se derive tanto del "funcionamiento normal" como del "funcionamiento anormal" de la Administración Pública.

Por otra parte, se observa de esta norma que la responsabilidad es del "Estado", es decir, de las personas jurídicas estatales, en particular, de la República, de los estados y de los municipios en sus respectivos niveles territoriales, por el funcionamiento de sus administraciones públicas.

En cuanto a la expresión "Administración Pública" utilizada en este artículo, en todo caso, debe interpretarse conforme se utiliza la expresión en el título IV de la Constitución, donde está ubicada, abarcando no sólo la Administración Pública conformada por los órganos que ejercen el poder ejecutivo, en los tres niveles político territoriales, sino la conformada por los órganos que ejercen el poder ciudadano y el poder electoral, así como la Administración Pública que constituye la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia y las unidades administrativas de la Asamblea Nacional.

La redacción de la norma, sin embargo, no permite su aplicación a los casos de responsabilidad del Estado legislador, causada, por ejemplo, al sancionar una ley.

El principio de la responsabilidad patrimonial del Estado por la actividad de la Administración Pública, por otra parte, lo reitera el artículo 14 LOAP, aun cuando en forma impropia, al disponer que la responsabilidad patrimonial sería de la "Administración Pública", cuando esta, como se ha señalado, no es un sujeto de derecho o persona jurídica. La norma, en efecto, señala:

La Administración Pública será responsable ante los particulares por la gestión de sus respectivos órganos, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los funcionarios por su actuación.

La Administración Pública responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares, siempre que la lesión sea imputable a su funcionamiento.

La "Administración Pública", en efecto, no puede ser responsable pues no es un sujeto de derecho. En la norma, sin duda, se ha utilizado la expresión como equivalente a las personas jurídicas estatales cuyos órganos administrativos (Administración Pública) han causado el daño, de manera que la responsabilidad es propiamente de las personas jurídicas estatales político territoriales, (República, estados, municipios, distritos metropolitanos), o descentralizadas (p. ej. los institutos autónomos) que la Constitución comprende en la expresión "Estado".

Ahora bien, sobre el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, el principio deriva del proceso natural de penetración del derecho administrativo en áreas tradicionales del derecho privado, pero sin haber tenido realmente un desarrollo autónomo[213]. Sólo

---

212 Véase nuestra propuesta para incorporar esta norma al texto constitucional en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, t. II, cit., pp. 185 y ss.

213 Cfr. LUIS A ORTIZ ÁLVAREZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1995; LUIS A. ORTIZ ÁLVAREZ "La responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos en la Constitución de 1999", *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, vol. II, cit., pp. 149 a 207; JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G., *Reflexiones críticas sobre las bases constitucionales de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Análisis de la interpretación dada*

ha sido a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 que la Sala Político Administrativa y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo han venido avanzando en ello.

Por supuesto, convenimos en que hoy es perfectamente admisible englobar los dos aspectos mencionados de la obligación resarcidora del Estado bajo la denominación general de "responsabilidad administrativa", que englobaría todas las reparaciones debidas por el Estado por daños causados por actividades administrativas tanto lícitas como ilícitas. En cuanto a la responsabilidad por hecho ilícito, por supuesto, sigue rigiendo el derecho civil; y lo mismo se puede decir de la responsabilidad por riesgo. En cuanto a la responsabilidad por daños causados por actividades legítimas y lícitas, en su regulación ha penetrado el derecho administrativo, no sólo desde antaño con la figura de la expropiación que tiene individualidad propia[214], sino con las previsiones de la derogada Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio[215] en cuyo articulado se incluyó la una norma (art. 63) que dispuso que "los usos regulados y permitidos en los planos de ordenación del territorio se consideran limitaciones legales a la propiedad y, en consecuencia, no originan por sí solos, derecho a indemnizar", agregando que "Esta sólo podrá ser reclamada por los propietarios en los casos de limitaciones que desnaturalicen las facultades del derecho de propiedad, siempre que produzcan un daño cierto, efectivo, individualizado, actual y cuantificable económicamente"[216]. Esta disposición fue eliminada de la Ley Orgánica de Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio de 2005[217]; sin embargo, respecto de la misma, la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa en sentencia del 27 de enero de 1994, precisó que "el régimen de responsabilidad del Estado por sus actos lícitos, aparece en la legislación venezolana en el artículo 63 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio", señalando:

Contemporáneamente los textos constitucionales y legales no circunscriben la indemnización únicamente a la pérdida de la propiedad por expropiación, o por los hechos ilícitos de la Administración, sino que la extienden a cualquier lesión a derechos o intereses legítimos, por ejemplo, las privaciones singulares de los atributos esenciales de la propiedad, a pesar de que provengan de sus actos lícitos [...]

Por otra lado, observa la Sala, que los fundamentos constitucionales del régimen de responsabilidad antes señalado, se encuentran en los artículos 206 y 46 de la Constitución, que contempla el deber de indemnizar por parte de la Administración, derivados de su responsabilidad en general o por la actuación de sus funcionarios competentes, de donde se desprende su obligación de indemnizar los daños causados a los particulares, aun por sus actos lícitos, como serían los emanados de dichos funcionarios[218].

---

al artículo 140 de la Constitución de 1999, Caracas, 2004. Cfr. la jurisprudencia en LUIS ORTIZ ÁLVAREZ, *Jurisprudencia de la responsabilidad extracontractual del Estado (1961-1997)*, Caracas, 1997.

214 Ley de Expropiación, por causa de utilidad pública o social, *Gaceta Oficial* n.º 37.475 del 1 de julio de 2002. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS et ál., *Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social,* Caracas, 2002.

215 *Gaceta Oficial* n.º 3.238, Extra. del 11 de agosto de 1983.

216 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Estudios de Derecho Público (Labor en el Senado 1983),* t. II, Caracas, Congreso Nacional, 1984, p. 178.

217 *Gaceta Oficial* n.º 38.264 Extra. del 2 de septiembre de 2005. En el artículo 123 de esta Ley Orgánica, sin embargo, en cuanto a las limitaciones urbanísticas derivadas de los planes de ordenación urbanísticos, se dispuso que la idemnización sólo podía acordarse "en los casos de limitaciones que comporten vinculaciones singulares y que establezca la ley".

218 Véase caso Promociones Terra Cardón C.A., *Revista de Derecho Público*, n.º 57 y 58, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1994, pp. 198 y ss. Véase también en ALLAN R. BREWER-CARÍAS y Luis A. Ortiz Álvarez, *Las*

En esta forma, el derecho administrativo, en la configuración de la responsabilidad del Estado, conforme a la orientación del derecho comparado y aun tardíamente, ha penetrado definitivamente en el derecho privado, y sin dejar de aplicarse las normas del Código Civil para exigir la responsabilidad administrativa con falta, ha impuesto sus propias normas y principios respecto de la responsabilidad administrativa sin falta originada en actuaciones lícitas, pero sin que de ello pueda derivarse que se haya establecido un régimen general de responsabilidad objetiva general del Estado[219], o que la responsabilidad administrativa esté regida exclusivamente por el derecho administrativo. En definitiva, como lo estableció la misma Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema en sentencia del 25 de enero de 1996 (caso: Hermes Figueroa *vs.* Instituto Autónomo Ferrocarriles del Estado):

El fundamento para exigir una responsabilidad patrimonial del Estado varía si se trata de la llamada responsabilidad con falta o se trata de la llamada responsabilidad sin falta. En este último caso, se está frente a un caso de responsabilidad por acto lícito, acto respecto del cual la exigencia de indemnización viene dada por el principio de igualdad ante las cargas públicas. En cambio, en el caso de la llamada responsabilidad con culpa, de lo que se trata es de una exigencia de indemnización derivada de una actuación ilícita del Estado productora de daños.[220]

En todo caso, como se dijo, la evolución del régimen de la responsabilidad administrativa ha conducido a la inclusión en la Constitución de 1999 del artículo 140, consagrándose la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados a los particulares imputables al funcionamiento tanto normal como anormal (lícito o ilícito) de la Administración Pública, lo que no implica la exclusión de la aplicación del derecho civil como lo ha afirmado, por ejemplo, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo[221].

De esta norma, en efecto, en nuestro criterio se deriva lo siguiente:

En *primer lugar,* que la responsabilidad del Estado se puede generar por daños causados a los particulares por culpa imputable a la Administración, como consecuencia de los actos u omisiones de sus funcionarios conforme a los principios del artículo 1185 C. C.

Se trata, en este caso, de daños causados por lesiones imputables al funcionamiento *anormal* de la Administración que es el que origina el hecho ilícito, es decir, por lesiones producidas por actividades ilegales, contrarias a derecho o que no son realizadas con sometimiento pleno a la ley y al derecho como lo exige el artículo 141 C., y que sean imputables a los funcionaros o titulares de los órganos del Estado.

En *segundo lugar,* que la responsabilidad del Estado se puede también generar por daños causados a los particulares por lesiones imputables al funcionamiento *anormal* de la Administración Pública, pero sin que sea necesario establecer culpa alguna de los funcionarios o titulares de los órganos del Estado, como consecuencia de la teoría del riesgo de acuerdo con lo establecido en los artículos 1.192, 1.193 y 1.194 C. C.; y siempre que no se dé alguna de las causas eximentes de la responsabilidad consagrada en dichas normas del Código Civil y que la Administración también podría invocar: cuando el daño ha sido causado por falta de la víctima, por el hecho de un tercero o por caso fortuito o fuerza mayor.

---

grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa (1961-1995), Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1996, pp. 282 a 283.

219 Como lo ha dicho la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia del 15 de junio de 2000, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 241 y ss.

220 Véase en Allan R. Brewer-Carías y Luis A. Ortiz Álvarez, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa (1961-1995),* cit. p. 307.

221 Véase la sentencia del 15 de junio de 2000 caso Eleoriente, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 241 y ss.

En *tercer lugar*, que la responsabilidad del Estado se puede también generar por daños causados a los particulares, sin que haya culpa imputable a la Administración y, por tanto, aun cuando haya habido sometimiento pleno a la ley y al derecho, y que por tanto sean derivados de lesiones causadas por el funcionamiento *normal* de la Administración.

En estos casos, el Estado debe también reparar los daños causados por la lesión, pues el particular, conforme al principio de la igualdad ante las cargas públicas, no está legalmente obligado a soportar individualmente el daño que se le causa; y siempre, por supuesto, que no se dé alguna de las causas eximentes de la responsabilidad que consagra el artículo 1.193 C. C. y que la Administración también podría invocar: cuando el daño ha sido causado por falta de la víctima, por el hecho de un tercero o por caso fortuito o fuerza mayor[222]

En estos casos, como lo ha señalado la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, "lo determinante es que los particulares no están obligados a soportar sin indemnización el daño sufrido, indistintamente si el daño ha sido causado por el funcionamiento normal o anormal" de la Administración[223].

Por ello, cuando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha señalado que la responsabilidad administrativa" debe ser apreciada de manera objetiva", en nuestro criterio es sólo porque descarta "la culpa del funcionario como fundamento único del sistema indemnizatorio"[224].

De ahí que la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, en sentencia del 21 de agosto de 2003 (caso Rogelio Cartaza Acosta) haya señalado que la Constitución de 1999 "Establece un sistema mixto de responsabilidad patrimonial del Estado, en el cual se combinan la responsabilidad objetiva o sin falta de la Administración y la responsabilidad con falta o por funcionamiento anormal de la misma"; lo que condujo a la Sala a señalar que a los fines de establecer la responsabilidad del Estado, si bien debe constatarse "que se ha producido un daño patrimonial a un particular que no está obligado a soportar",

Ese daño o lesión puede darse como consecuencia de una actuación legítima de la Administración (en cuyo caso deben utilizarse la teoría del riesgo y del principio de igualdad ante las cargas públicas), o como consecuencia de un funcionamiento anormal de la Administración (donde debe establecerse si hubo una violación a las obligaciones administrativas)[225].

La Sala Político Administrativa ha señalado en la misma línea de razonamiento, en sentencia del 20 de junio de 2004 (caso Rister Deltony Rodríguez), que, por una parte, "el Estado responde ordinariamente por el funcionamiento anormal (o por falta) de las instituciones del poder público y sus órganos, en el cumplimiento o realización de sus compromisos, cometidos y fines" y por otra parte, "el Estado responde extraordinariamente por el funcionamiento normal (o sin falta) de las instituciones del poder público y sus órganos, esto es, por los actos, hechos u omisiones que causen un daño o perjuicio sobre la esfera

---

[222] Véase la sentencia del 25 de marzo de 2003 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, caso CADAFE, *Revista de Derecho Público,* n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 131 y ss.

[223] Véase la sentencia del 9 de octubre de 2001 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, caso Hugo Eunices Betancourt, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 79 y ss.

[224] Véase la sentencia del 19 de noviembre de 2002 de revisión de la sentencia del 15 de mayo de 2001 de la Sala Político Administrativa, caso Gladys de Carmona, *Revista de Derecho Público*, n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, pp. 110 y ss.

[225] Véase la cita en José Ignacio Hernández G., *Reflexiones críticas,* cit., p. 48.

jurídico-subjetiva de los conciudadanos, el cual pueda ser individualizado, valorado y estimulado, aunque aquellos se ajusten o se presuma que sean conformes con el derecho positivo"[226].

XIII. EL PRINCIPIO DE LA UNIVERSALIDAD DEL CONTROL JUDICIAL SOBRE LOS ACTOS ESTATALES

La consecuencia de los principios de supremacía constitucional, de formación del derecho por grados y de legalidad, es que todos los actos estatales están sometidos a control judicial, por lo que en el ordenamiento jurídico venezolano no hay actos estatales excluidos de control. De allí el *décimotercer* principio fundamental del derecho público en la Constitución de 1999: el de la universalidad del control de los actos estatales por parte de los órganos del poder judicial.

Por ello, dejando aparte el control judicial que se ejerce sobre los actos judiciales (sistemas procesales de apelación, acción de amparo, recursos de revisión, recurso de casación), los demás actos estatales están sujetos al control judicial por parte de los jueces competentes para ejercer la justicia constitucional como la justicia administrativa.

1. *La justicia constitucional: el carácter mixto o integral del sistema de control de constitucionalidad de los actos estatales*

La antigua Corte Suprema de Justicia, al referirse al ámbito del control de la constitucionalidad de las leyes, señaló que está encomendado:

No tan sólo al Supremo Tribunal de la República, sino a los jueces en general, cualquiera sea su grado y por ínfima que fuere su categoría. Basta que el funcionaria forme parte de la rama judicial para ser custodio de la Constitución y aplicar, en consecuencia, las normas de ésta prevalecientemente a las leyes ordinarias[...] Empero, la aplicación de la norma fundamental por parte de los jueces de grado, sólo surte efecto en el caso concreto debatido, y no alcanza, por lo mismo, sino a las partes interesadas en el conflicto; en tanto, que cuando se trata de la ilegitimidad constitucional de las leyes pronunciadas por el Supremo Tribunal en ejercicio de su función soberana, como intérprete de la Constitución y en respuesta a la acción pertinente, los efectos de la decisión se extienden *erga omnes y* cobran fuerza de ley. En el primer caso, el control es incidental *y* especial; y en el segundo, principal *y* general; y cuando éste ocurre, vale decir, cuando el recurso es autónomo, éste es formal o material, según que la nulidad verse sobre una irregularidad concerniente al proceso elaborativo de la ley, o bien que no obstante haberse legislado regularmente en el aspecto formalista, el contenido intrínseco de la norma adolezca de vicios sustanciales[227].

---

[226] Citada en JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G., *Reflexiones críticas,* cit., pp. 63 a 64. De lo anterior es que entonces Hernández deriva su conclusión sobre la interpretación del artículo 140 C., en el sentido de que dicha norma " no impone un sistema de responsabilidad sin culpa de la Administración. Exige que la administración repare los daños por ella ocasionados, pero tales daños han de ser antijurídicos, y como tales, contrarios al ordenamiento jurídico, sea que la Administración haya procurado el daño en ejercicio de sus potestades, pero lesionando discriminatoriamente a determinado particular (lo que produciría la ruptura del equilibrio de las cargas públicas); haya creado una situación de riesgo en beneficio propio (lo que nos conduciría a los tradicionales supuestos de responsabilidad sin culpa del Código Civil), o sea que haya procurado el daño actuando indebidamente. Como se ve, y en estricto sentido, la responsabilidad sin culpa -o por riesgo creado- es sólo una de las tres situaciones de responsabilidad que encuentran cobijo en el artículo 140 de la Constitución", ibid., p. 52.

[227] Véase sentencia de la antigua Corte Federal del 19 de junio de 1953, en *Gaceta Forense,* n.º 1, Caracas, Ministerio de Justicia, 1953, pp. 77 y 78.

En consecuencia, el sistema venezolano de justicia constitucional es un sistema mixto o integral[228], en el cual el control difuso de la constitucionalidad está atribuido a todos los tribunales de la República[229], y el sistema concentrado[230], con relación a las leyes y demás actos de rango legal o de ejecución directa e inmediata de la Constitución, está atribuido a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional[231].

A. *El control concentrado de la constitucionalidad*

En efecto, la Constitución establece en forma expresa en sus artículos 266, 334 y 336 la competencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para declarar la nulidad por inconstitucionalidad de las leyes y demás actos de los cuerpos deliberantes de carácter nacional, estadal o municipal dictados en ejecución directa de la Constitución, así como de los actos con rango legal dictados por el Ejecutivo nacional.

Es decir, la Constitución prevé un control judicial concentrado de la constitucionalidad de todos los actos estatales, con exclusión de los actos judiciales y de los actos administrativos, respecto de los cuales prevé medios específicos de control de legalidad y constitucionalidad (recurso de casación, apelaciones y jurisdicción contencioso administrativa).

De acuerdo a la Constitución, por tanto, existe un control concentrado de la constitucionalidad a cargo de la jurisdicción constitucional que corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia; conforme al artículo 334,

Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el poder público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley.

Este control concentrado de la constitucionalidad está reservado, en el nivel nacional, a los actos estatales de rango legal o dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (leyes, actos parlamentarios sin forma de ley y actos de gobierno); en el nivel estadal, a las leyes emanadas de los consejos legislativos y demás actos de ejecución directa de la Constitución; y en el nivel municipal, a las ordenanzas municipales, consideradas invariablemente como leyes locales, y demás actos de ejecución directa de la Constitución. Mediante este control, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, tiene competencia para declarar la nulidad de dichos actos, con efectos *erga omnes*, cuando sean violatorios o colidan con la Constitución.

---

228 Cfr. en general ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, 1995

229 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, t. VI, "La justicia constitucional", t. VI, cit. pp. 121 y ss.; id. "La sentencia de los lapsos procesales (1989) y el control difuso de la constitucionalidad de las leyes", *Revista de Derecho Público*, n.º 40, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1989, pp. 157 a 175

230 Cfr ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes. Estudio de derecho comparado*, San Cristóbal y Caracas, Universidad Católica del Táchira y Edit. Jurídica Venezolana, 1994, 179 pp.; publicado también en *Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita*. *Simposio Internacional sobre Derecho del Estado*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993, pp. 705 a 846.

231 Cfr. en general sobre el sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999, íd. *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999 (Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos)*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000; "La Justicia Constitucional en la Nueva Constitución" *Revista de Derecho Constitucional*, n.º 1, Caracas, Edit. Sherwood, 1999, pp. 35 a 44; *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativos,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 75 y ss.

Se trata, por tanto, como hemos dicho, de un control concentrado de la constitucionalidad que se ejerce respecto de actos estatales de rango legal o dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, atribuido a la Sala Constitucional[232].

Por tanto, conforme a dicho artículo 334, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, como jurisdicción constitucional, requerida mediante *acción popular,* como ha sido la tradición venezolana[233], tiene las siguientes atribuciones de control concentrado de la constitucionalidad de determinados actos estatales, con poderes anulatorios, previstas en el artículo 336:

1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional que colidan con esta Constitución.
2. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estadales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y municipios dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y que colidan con ésta.
3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo nacional que colidan con esta Constitución.
4. Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de la Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del poder público.

De esta enumeración, por supuesto, resulta que sólo los actos subconstitucionales pueden ser objeto de control de la constitucionalidad por la Sala Constitucional, quedando excluidas las normas de la propia Carta Política de dicho control[234]. Los actos de reforma constitucional, sin embargo, si llegasen a vulnerar las cláusulas pétreas de la Constitución o si no se adaptan a las previsiones formales establecidas en los artículos del Texto Fundamental, en nuestro criterio, podrían ser objeto de control, pues en definitiva, como producto del poder constituyente instituido o derivado, serían actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución.

La Sala Constitucional, en relación con el artículo 334 C., la jurisdicción constitucional y el control concentrado de la constitucionalidad, estableció una interpretación vinculante en la sentencia 833 del 25 de mayo de 2001 (caso Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao *vs.* Corte Primera de lo Contencioso Administrativo), en los siguientes términos:

La jurisdicción constitucional tiene encomendado el control concentrado de la Constitución. Ese control concentrado, que corresponde con exclusividad a la Sala Constitucional conforme al artículo 334 antes citado, otorga competencia a esta Sala para declarar la nulidad de:

1) Leyes;
2) Actos de los órganos que ejercen el poder público, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución;

232 Cfr. íd. *Judicial Review in Comparative Law,* (Prólogo de J. A. Jolowicz), Cambridge Studies in International and Comparative Law. New Series, Cambridge University Press, Cambridge 1989. El curso de Cambridge ha sido publicado completo en íd. *Études de droit public comparé*, Bruxelles, Académie International de Droit Comparé, Bruylant, 2001, pp. 935 y ss.

233 Cfr. íd. *Instituciones Políticas y Constitucionales*, t. VI, "La Justicia Constitucional", cit., p. 137 y ss.

234 Véase sentencia 1140 del 5 de octubre de 2000 de la Sala Constitucional, *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 101.

3) Actos de los órganos que ejercen el poder público que tengan rango de ley.

El artículo 336 *eiusdem,* aclara la enumeración del artículo 334 en su tercer parágrafo, y considera leyes:

1) Las nacionales emanadas de la Asamblea Nacional (numeral 1);
2) Actos con rango de ley, emanados de la Asamblea Nacional (numeral 2);
3) Constituciones estadales (numeral 2);
4) Leyes estadales (numeral 2);
5) Ordenanzas municipales (numeral 2);
6) Actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo nacional (numeral 3).

De este último tipo de actos, los decretos leyes dictados por el Ejecutivo (artículo 336, numeral 10), producto de leyes habilitantes, son actos con rango de ley, y como leyes son de igual naturaleza que la normativa dictada por la Sala Plena de este Tribunal Supremo de Justicia en el ejercicio del artículo 267 constitucional[235].

B. *El control difuso de la constitucionalidad*

Pero además, el artículo 334 C. también dispone que

Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución.

En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente[236].

Y adicionalmente el artículo 20 C. P. C. y el artículo 19 del C. O. P. P. permiten a todos los tribunales de la República, cuando decidan un caso concreto, el declarar la inaplicabilidad de las leyes y demás actos estatales normativos cuando estimen que son inconstitucionales, dándole por tanto preferencia a las normas constitucionales. En estos casos cuando el juez declara inaplicable una ley al caso concreto, su decisión tiene carácter incidental y efectos *inter partes*, considerándose a la ley como si nunca hubiera existido o producido efectos en el caso concreto. Por supuesto, esta es una potestad exclusiva de los jueces, que los funcionarios de la Administración Pública no pueden pretender ejercer, tal como lo ha precisado la Sala Constitucional en sentencia 331 del 13 de marzo de 2001 (caso Henrique Capriles R. *vs*. Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles):

Visto el contenido de la norma constitucional transcrita [art. 344], considera esta Sala evidente que la Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, incurrió en una flagrante violación de lo dispuesto en la misma, al ejercer un control difuso de la constitucionalidad de la norma contenida en el artículo 25 de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, al desaplicarla y no dar estricto cumplimiento a los requisitos previstos en la misma para el otorgamiento de las Licencias cuestionadas, por estimarla contraria a lo dispuesto en el artículo 71 constitucional; atribución que conforme a lo dispuesto en el transcrito artículo 334, es exclusiva de los jueces o juezas de la República, quienes la ejercen con ocasión de un caso concreto sometido a su

235 Véase *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 370.

236 Véase nuestra propuesta para incorporar esta norma al texto constitucional en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, t. III, cit. pp. 93 y ss.

conocimiento, al verificar la incompatibilidad entre el Texto Fundamental y otra ley o norma jurídica, cuya aplicación se les solicita[237].

Por tanto, el sistema venezolano de control de la constitucionalidad de las leyes y otros actos estatales puede decirse que es uno de los más amplios conocidos en el mundo actual, si se lo compara con los que muestra el derecho comparado, pues mezcla el llamado control difuso de la constitucionalidad de las leyes con el control concentrado de la constitucionalidad de las mismas[238].

2. *La justicia administrativa: el control de constitucionalidad y de legalidad de los actos administrativos*

A. *La constitucionalización del contencioso administrativo*

Así como corresponde a la jurisdicción constitucional ejercer el control de constitucionalidad sobre las leyes y demás actos de rango legal o de ejecución directa e inmediata de la Constitución, a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa corresponde conocer del control de constitucionalidad y legalidad de los actos de rango sublegal, es decir dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación, y sólo en ejecución indirecta e mediata de la Constitución.

Así lo ha precisado la Sala Constitucional en sentencia 2.353 del 23 de noviembre de 2001 (caso Impugnación de la Ordenanza de Impuestos sobre Juegos y Apuestas del Municipio Iribarren del Estado Lara) al buscar establecer las diferencias entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción contencioso administrativa, pretendiendo aclarar lo que había resuelto en sentencias de 4 de abril de 2000 (caso Instituto Autónomo Municipal de Chacao), ratificada por sentencia de esta Sala N° 730 del 18 de julio de 2000 (caso Jeffre García), y 25 de mayo de 2001, que cita, exponiendo que "efectivamente fue la intención del constituyente de la Constitución vigente diferenciar la jurisdicción constitucional de la jurisdicción contencioso administrativa, fundamentando dicha división jurisdiccional en un criterio formal del acto objeto de nulidad o anulación", agregando lo siguiente:.

Al respecto, el Texto Fundamental reserva exclusivamente a la jurisdicción constitucional el verdadero control concentrado de la constitucionalidad, el cual evidentemente, sólo procede en relación con aquellos actos de naturaleza constitucional y no puede proceder con relación a los actos que no han sido dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, sino en ejecución de una ley. En otros términos, como es lógico, la nulidad por inconstitucionalidad procede sólo contra actos de naturaleza constitucional mientras que la nulidad por ilegalidad procede contra actos de naturaleza sub-legal o inferior.

Por lo anterior, esta Sala considera que es atribución exclusiva de la jurisdicción constitucional el conocimiento de aquellos actos de naturaleza constitucional, mientras que corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de aquellos actos que no sean de naturaleza constitucional, es decir, de aquellos actos que no tengan rango de ley o que no hayan sido dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, y así se declara.

La Sala observa que pueden existir procedimientos de nulidad por inconstitucionalidad de actos de naturaleza sub-legal en casos de que el acto se dicte, por ejemplo, obviando derechos o garantías constitucionales. En estos casos, el criterio aplicable es el mismo ante-

---

[237] Véase *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 374.

[238] De acuerdo a la terminología acuñada por PIERO CALAMANDREI, *La illegittimitá Costituzionale delle Leggi,* Padova, 1950, p. 5; y difundida por MAURO CAPELLETTI, *Judicial Review in the contemporary World*, Indianápolis, 1971. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Judicial Review in Comparative Law,* cit.

rior. Es decir, en virtud de que no forma parte de la jurisdicción constitucional la declaratoria de nulidad de actos sublegales, corresponde entonces a la jurisdicción contencioso administrativa conocer de los procedimientos de nulidad por inconstitucionalidad de actos sublegales, y en tal sentido, la determinación del órgano que debe conocer de cada caso dependerá de la competencia establecida en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

De lo expuesto, se concluye igualmente que el control concentrado de la constitucionalidad de los actos del poder público lo posee, en forma exclusiva, la Sala Constitucional, y dicho control concentrado de la constitucionalidad sólo se refiere a los actos de naturaleza constitucional, es decir aquellos actos con rango de ley o dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, y así se declara.[239]

La Sala Constitucional, en su empeño por concentrar control, llegó incluso a afirmar sin mayor sentido, que "no es cierto que la Sala Político Administrativa comparta el control concentrado de la constitucionalidad, tal como se señaló en la sentencia del 25 de mayo de 2001", cuando evidentemente la Sala Político Administrativa si ejerce un control concentrado de la constitucionalidad de los reglamentos y demás actos administrativos, agregando, sin embargo, que si bien "dicha Sala conoce de la nulidad de aquellos actos sublegales cuya anulación o nulidad le compete según la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, incluyendo la nulidad por inconstitucionalidad, sin embargo, en forma alguna la Sala Político Administrativa conoce de la nulidad de actos de naturaleza constitucional cuyo control concentrado reside en forma exclusiva en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, y así se declara[240]. La verdad es que nada agrega la sentencia a lo que diferencia ambas jurisdicciones: el objeto de control conforme a la formación del derecho por grados. La sentencia, en todo caso, concluyó resolviendo que:

> De conformidad con lo expuesto en la presente decisión, lo cual debe considerarse como una interpretación vinculante de la Constitución, obligatoria para todos los tribunales del país, incluyendo las demás salas del Máximo Tribunal de la República, cuando la acción o recurso se funde en razones de inconstitucionalidad los tribunales declinarán su competencia en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sólo en el caso que se trate de la declaratoria de nulidad de una ley, o de un acto del poder público dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución. Es decir, que los procedimientos de nulidad o anulación que se refieran a actos que no hayan sido dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución deberán seguirse como procedimientos contencioso administrativos regulados en la actualidad y en forma provisional por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, mientras no se dicte la ley que regule la jurisdicción contencioso administrativa, y así se decide[241].

Ahora bien, a los efectos de asegurar la sumisión de los reglamentos y demás actos administrativos al derecho, conforme al principio de la legalidad que deriva del Estado de derecho y a la tradición constitucional que se inició en 1925 y se consolidó en la Constitución de 1961, la Constitución de 1999 ha previsto la garantía judicial específica a cargo de la jurisdicción contencioso administrativa y de la jurisdicción contencioso electoral, es decir, al conjunto de órganos judiciales encargados de controlar la legalidad y de la legitimidad de las actuaciones de la Administración, tanto por sus actos, omisiones y en general la

239 Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 382 a 383.

240 Ibíd. p. 386

241 Ibíd. p. 397

actividad administrativa, como por las relaciones jurídico administrativas en las cuales aquélla intervenga[242].

La norma fundamental que constitucionaliza la jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela está contenida en el artículo 259 C. 1999, cuyo texto es el siguiente:

> La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determina la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

Ha sido precisamente con base en esta norma constitucional, que repite casi textualmente el contenido del artículo 206 de la anterior Constitución de 1961, que en Venezuela se ha desarrollado la jurisdicción contencioso administrativa que se ejerce por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y otros tribunales establecidos por ley.

La configuración de dicha jurisdicción, por otra parte, se ha completado en la Constitución de 1999, al regularse también en el artículo 297 a la "Jurisdicción Contencioso Electoral", atribuyéndose su ejercicio a la "Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales que determine la ley"; especializándose así el control de legalidad e inconstitucionalidad de los actos administrativos dictados por los órganos del poder electoral.

Con base en el artículo 259 C. (equivalente al 206 C. 1961), fue la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia la que elaboró las bases del contencioso administrativo[243], las cuales, desarrolladas por la doctrina nacional[244], condujeron a la elaboración de la

---

242 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana,* cit. pp. 295 y ss.

243 En cuanto a la jurisprudencia, cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo,* t. V, "La jurisdicción contencioso administrativa*",* 2. vols., Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1978; ALLAN R. BREWER-CARÍAS y Luis Ortiz Álvarez, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa*, cit. y LUIS ORTIZ-ÁLVAREZ, *Jurisprudencia de medidas cautelares en el contencioso administrativo (1980-1994),* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1995.

244 Cfr. En general, LUIS TORREALBA NARVÁEZ, "Consideraciones acerca de la jurisdicción contencioso administrativa, su procedimiento y algunas relaciones de éste con el de la jurisdicción judicial civil", *Anales de la Facultad de Derecho,* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1951; HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ, *El sistema contencioso administrativo de la carrera administrativa*. *Instituciones, Procedimiento y Jurisprudencia,* Caracas, Ediciones Magón, 1974; ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Estado de derecho y control judicial,* cit. pp. 281 y ss; íd. *Instituciones Políticas y Constitucionales*, t. VII, "Justicia contencioso administrativa", cit.; JOSÉ ARAUJO JUÁREZ, *Derecho procesal administrativo,* Caracas, Vadell Hermanos, 1996; ANTONIO CANOVA GONZÁLEZ, *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano,* Caracas, Edit. Sherwood, 1998; CARLOS L. CARRILLO ARTILES, *El recurso jurisdiccional contra las abstenciones u omisiones de los funcionarios públicos,* Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1996; VÍCTOR HERNÁNDEZ-MENDIBLE, *Tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo*, Caracas, Vadell Hermanos, 1998; DANIELA UROSA MAGGI, *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el derecho español y venezolano*, Caracas, Funeda, 2003. Cfr además, las siguientes obras colectivas: *El Control jurisdiccional de los poderes públicos en Venezuela,* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1979; *Contencioso Administrativo en Venezuela,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1993; *Derecho procesal administrativo,* Caracas, Vadell Hermanos, 1997; *Tendencias de la jurisprudencia venezolana en materia contencioso administrativa, VIII Jornadas "J.M. Domínguez Escovar" (Enero 1983),* Caracas, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Tip. Pregón, 1983; *Contencioso Administrativo*, *I Jornadas de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías,* Caracas, Funeda, 1995; *Avances jurisprudenciales del contencioso administrativo en Venezuela, XVIII Jornadas "J.M. Domínguez Escovar,* 2 Tomos, Barquisimeto, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Diario de Tribunales Editores, 1993.

derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976[245], en cuyas normas se reguló el procedimiento contencioso administrativo ante la Corte; situación que ha continuado con la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia[246].

Tanto la Constitución de 1961 como la de 1999, atribuyeron al legislador una amplia potestad para la determinación de los tribunales que integran tanto la jurisdicción contencioso administrativa como la jurisdicción contencioso electoral, con las solas limitaciones constitucionales en el sentido de que, conforme al artículo 266, sólo el Tribunal Supremo de Justicia (Sala Político Administrativa) tiene competencia para:

1. Dirimir las controversias administrativas que se susciten entre la República, algún Estado, municipio u otro ente público, cuando la otra parte sea alguna de esas mismas entidades, a menos que se trate de controversias entre municipios de un mismo Estado, caso en el cual la ley podrá atribuir su conocimiento a otro tribunal.
2. Declarar la nulidad total o parcial de los reglamentos y demás actos administrativos generales o individuales del Ejecutivo nacional, cuando sea procedente.
3. Conocer de los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales, en los términos contemplados en la ley.

Al reservarse al Tribunal Supremo, en general, la declaratoria de nulidad de los actos administrativos del Ejecutivo nacional, cuando sea procedente, por supuesto se dejó implícitamente a los demás tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa la competencia para declarar la nulidad de los actos de las autoridades administrativas de los estados y municipios. Por supuesto, en cuanto a las demás autoridades nacionales que no conforman estrictamente el "Ejecutivo nacional", el control contencioso administrativo de sus actos constitucionalmente puede atribuirse a otros tribunales distintos del Tribunal Supremo de Justicia, tanto por razones de inconstitucionalidad cómo de ilegalidad, como parcialmente lo hizo la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, al crear transitoriamente la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y atribuirle competencia en dicha materia al igual que a ciertos tribunales superiores con competencia en lo civil.

Ahora bien, la importancia del texto del artículo 259 C., y su efecto inmediato, que es la constitucionalización de la jurisdicción contencioso administrativa, radica en los siguientes cuatro aspectos[247].

En *primer lugar*, en la universalidad del control que la Constitución regula respecto de los actos administrativos, en el sentido de que todos, absolutamente todos los actos administrativos pueden ser sometidos a control judicial por los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, por contrariedad al derecho, es decir, sea cual sea el motivo de la misma: inconstitucionalidad o ilegalidad en sentido estricto. La Constitución no admite excepciones, y como lo explicó la Exposición de motivos de la Constitución de 1961, la fórmula "contrarios a derecho" es una enunciación general que evita una enumeración que puede ser peligrosa al dejar fuera de control algunos actos administrativos".

Por tanto, la intención de los proyectistas de la norma, tanto en la Constitución de 1961 como en la de 1999, fue la de que a todos los actos administrativos, por cualquier motivo de contrariedad al derecho (inconstitucionalidad o ilegalidad), pudieran ser contro-

---

245. Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia del 30 de julio de 1976 en *Gaceta Oficial* n.º 1893, Extra. del 30 de julio de 1976.

246. Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en *Gaceta Oficial*, n.º 37942 del 20 de mayo de 2004.

247. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1993.

lados por los tribunales que conforman la jurisdicción contencioso administrativa[248]. Ello, por supuesto, trae una consecuencia fundamental: cualquier exclusión de control respecto de actos administrativos específicos sería inconstitucional, sea que dicha exclusión se haga por vía de ley o por las propias decisiones de los Tribunales, en particular, del propio Tribunal Supremo de Justicia.

A los efectos de asegurar la universalidad del control contencioso administrativo, han sido los propios órganos de la jurisdicción contencioso administrativa los que han venido ampliando el concepto de acto administrativo, a los efectos de asegurar que todo acto administrativo pueda ser objeto de control judicial, de manera que no haya actos administrativos que queden excluidos de control[249]. Es la tendencia a la universalidad del control, la que ha permitido, como hemos señalado, someter a control de legalidad y constitucionalidad a los actos administrativos dictados por las administraciones públicas en función normativa y jurisdiccional, así como los actos administrativos dictados por otros órganos del Estado distintos a la Administración Pública y por entes de derecho privado o de derecho público no estatales, y por particulares dictados en función normativa o administrativa[250].

En *segundo lugar* y como consecuencia de esta tendencia hacia la universalidad del control, está el elenco de recursos y acciones puestos a disposición de los particulares para acceder a la justicia contencioso administrativa que, por supuesto, además del recurso de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o de efectos particulares, o contra los actos administrativos generales o individuales, con o sin pretensión de amparo constitucional, comprende el recurso por abstención o negativa de los funcionarios públicos a actuar conforme a las obligaciones legales que tienen; el recurso de interpretación; el conjunto de demandas contra los entes públicos, y las acciones para resolver los conflictos entre autoridades administrativas del Estado.

Pero en *tercer lugar*, la importancia de la constitucionalización de la jurisdicción contencioso administrativa, es decir, del control judicial de constitucionalidad y legalidad de todos los actos administrativos, está en que no sólo la norma constitucional del artículo 259 persigue una asignación de competencias a unos órganos judiciales, sino en que consagra un derecho fundamental del ciudadano a la tutela judicial efectiva frente a la Administración, en el sentido de lo establecido en los artículos 26 de la propia Constitución y 18, primer párrafo, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo. En esta forma, la jurisdicción contencioso administrativa se configura constitucionalmente como un instrumento procesal de protección de los administrados frente a la Administración, y no como un mecanismo de protección de la Administración frente a los particulares. De allí la ratificación del principio de la universalidad del control, en el sentido de que tratándose de un derecho constitucional al mismo, no podría el legislador excluir de control a determinados actos administrativos. Por otra parte, tratándose de un derecho fundamental al control, en la relación privilegios estatales-libertad ciudadana esta última debe prevalecer.

---

248. Véase en particular lo especificado por la sentencia 2353 del 23 de noviembre de 2001 de la Sala Constitucional, caso Impugnación de la Ordenanza de Impuestos sobre Juegos y Apuestas del municipio Iribarren del Estado Lara: "de la interpretación literal de la norma no puede considerarse que excluye la nulidad de actos administrativos generales o individuales por razones de inconstitucionalidad, ya que la expresión "contrarios a derecho" incluye igualmente la inconstitucionalidad", *Revista de Derecho Público* n.º 85 a 88, Caracas 2001, p. 381.

249 Véase p. ej. la sentencia del 11 de agosto de 1993 de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa en la cual se afirmó que "la jurisdicción contencioso administrativa [...] abarca, sin excepción, a todos los actos administrativos", por lo que desaplicó por inconstitucional el artículo 519 de la Ley Orgánica del Trabajo que excluía el recurso contencioso administrativo contra las decisiones de los inspectores del trabajo favorable a los sindicatos, *Revista de Derecho Público* n.º 55 y 56, Caracas, 1993, p. 390.

250 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela*, cit. pp. 25 y ss.

Además, en *cuarto lugar*, la forma como están concebidas constitucionalmente la universalidad de control y el derecho ciudadano a la tutela judicial frente a la Administración implica la asignación al juez contencioso administrativo de amplísimos poderes de tutela, no sólo de la legalidad objetiva que debe siempre ser respetada por la Administración, sino de las diversas situaciones jurídicas subjetivas que pueden tener los particulares en relación a la Administración. Por ello, el juez contencioso administrativo, de acuerdo a los propios términos del artículo 259 C., tiene competencia no sólo para anular los actos administrativos contrarios a derecho, sino para condenar a la Administración al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la misma, y además para disponer lo necesario con miras al restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la autoridad administrativa, incluyendo en la expresión "situaciones jurídicas subjetivas" no sólo el clásico derecho subjetivo, sino los derechos constitucionales y los propios intereses legítimos, personales y directos de los ciudadanos.

B. *El contencioso administrativo como fuero judicial de la administración pública*

Por otra parte, debe destacarse que a pesar de la expansión del contencioso administrativo en relación a su objeto de control y a la presencia del derecho administrativo, hasta el año 2004 no se había constituido en la jurisdicción especial de la Administración Pública. Es decir, la jurisdicción contencioso administrativa no constituía un fuero judicial específico del conjunto de sujetos de derecho que personifican al Estado, su organización y funcionamiento, ni del ejercicio de la función administrativa o de la actividad Administrativa Pública del Estado.

En efecto tal como estaba regulada en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema del Justicia (arts. 42.15, 182.2 y 185.6), la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa en materia de demandas contra los entes estatales sólo se refería a las demandas contra la República y contra los institutos autónomos y las empresas del Estado nacionales[251]. En esta forma quedaba fuera del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, en primera instancia, las demandas contra los estados y municipios y contra los institutos autónomos y empresas del Estado estadales o municipales, aun cuando en segunda instancia conocieran de estas causas los tribunales superiores contencioso administrativos, mediante apelación. Ante estas regulaciones, sin embargo, la forma de penetración de la jurisdicción contencioso administrativa en campos que normalmente le estaban excluidos, como el de las demandas contra los estados y municipios, fue a través de la teoría de los actos separables, lo que permitió someter al conocimiento de la jurisdicción los actos administrativos unilaterales que se podían aislar de una relación jurídica contractual que se hubiera podido concebir como "de derecho privado" y cuyo conocimiento, por tanto, no correspondería a la jurisdicción contencioso administrativa[252].

En todo caso, en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de 2004[253], al reformarse las normas que transitoriamente rigen el contencioso administrativo, puede decirse que se ha buscado configurar a la jurisdicción contencioso administrativa como un fuero de la Admi-

---

[251] Así se había interpretado por los órganos de la jurisdicción al aplicar la expresión "empresas del Estado", reservando la jurisdicción sólo a las nacionales, id., *Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela*, cit. op. 44 y ss.

[252] Véase p. ej., sentencia 26 de junio de 1990 de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, caso Karl Wuff, *Revista de Derecho Público* n.º 43, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1990, pp. 97 a 99.

[253] Véase en *Gaceta Oficial* n.º 37942 del 19 de mayo de 2004. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, cit. pp. 207 y ss.

nistración Pública, en su globalidad, de manera que para que la misma juzgue la actuación de estas no sea necesario acudir a mecanismo indirectos como el señalado. En efecto, en cuanto a las demandas contra los entes públicos, el artículo 5.º, párrafo 1.º.24 atribuyó a la Sala Político Administrativa competencia para "conocer de las demandas que se propongan contra la República, los estados, los municipios, o algún instituto autónomo, ente público o empresa, en la cual la República ejerza un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección o administración se refiere". La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo en sentencia 1315 del 8 de septiembre de 2004, además, aplicando el principio de la unidad de competencia, estableció la competencia de los tribunales contencioso administrativos, cuando sean los entes públicos los demandantes contra particulares[254].

---

[254] Caso de declinatoria de competencia, Alejandro Ortega O. *vs.* Banco Industrial de Venezuela, *Revista de Derecho Público*, nº 99 y 100, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 298 y ss.

PRIMERA PARTE

EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Desde el punto de vista jurídico, la Administración Pública puede considerarse como el objeto de regulación por excelencia del derecho administrativo. Por ello, la definición más sencilla de esta disciplina jurídica es considerarla como aquella rama del derecho público que regula a la Administración Pública[1]; la cual, sin embargo, aun cuando no es sustancialmente inexacta, es insuficiente dados los múltiples sentidos que tiene la noción de Administración Pública[2].

En efecto, en el campo del derecho administrativo la expresión "Administración Pública" tiene al menos dos significados: por una parte, con ella se identifica a un conjunto de órganos del Estado o, más propiamente, de las personas jurídicas estatales que como sujetos de derecho actúan en el mundo de las relaciones jurídicas; y por la otra, con dicha noción se identifica también a un conjunto de actividades que resultan de la gestión del interés general (actividad administrativa) realizada generalmente por esos mismos órganos. Hay, por tanto, al menos un concepto orgánico y un concepto material de la Administración Pública; y ambos interesan al derecho administrativo[3].

---

1 "El objeto del derecho administrativo es la Administración Pública, en todas sus manifestaciones, sean estas externas o internas". Así lo ha indicado la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 1028 del 9 de mayo de 2000, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 214.

2 Para una aproximación más amplia respecto de la noción de Administración Pública, Cfr. TOMÁS POLANCO A., "La Administración Pública", *Anales de la Facultad de Derecho*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1952, pp. 117 a 371; NECTARIO ANDRADE LABARCA, "La Administración Pública", *Revista de la Facultad de Derecho*, Año I, n.º 3, Maracaibo, Universidad del Zulia, 1961, pp. 7 a 20; ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Las transformaciones de la Administración Pública para el desarrollo", *Revista de la Facultad de Derecho,* n.º 41, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1968, pp. 19 a 64; íd., *Fundamentos de la Administración Pública*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1980.

3 La Sala Electoral del Tribunal Supremo en sentencia del 25 de febrero de 2000 ha señalado, p. ej., que la Administración Pública, tal como aparece definida en el artículo 141 C., es el "complejo orgánico encargado de realizar la función pública (satisfacción y tutela de los intereses generales), el cual conforme a la tesis doctrinaria dominante, derivada de la diferencia entre Gobierno y Administración, está integrado por los órganos que forman los poderes ejecutivos nacional, estadal y municipal", *Revista de Derecho Público*, n.º 81, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 170. En cambio, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 1028 del 9 de mayo de 2000, ha señalado que "la doctrina predominante, con todo acierto, al referirse a la Administración Pública, no considera a ésta en sentido orgánico o subjetivo, sino desde el punto de vista material, sustancial u objetivo, vale decir, la Administración resulta caracterizada con base en la naturaleza jurídica interna del acto administrativo, con total prescindencia de la índole del órgano o del agente productor del acto; sólo se

Desde el punto de vista orgánico, la Administración Pública se identifica siempre como un *conjunto de órganos* de las personas jurídicas que, como sujetos de derecho, conforman el Estado, es decir, de las personas jurídicas estatales. Por tanto, las nociones de Administración Pública y de personas jurídicas estatales siempre están indisolublemente vinculadas, ya que son los órganos de éstas los que constituyen la primera.

Pero, sin embargo, no todos los órganos de las personas jurídicas estatales son parte o constituyen la Administración Pública, sino sólo aquéllos de las personas jurídicas político territoriales que derivan de la forma federal del Estado, es decir, de la República, de los estados, de los municipios y de las demás entidades políticas que la componen, que ejercen el poder ejecutivo. Estos órganos son los que, en general, se identifican en el lenguaje jurídico común como "el poder ejecutivo"[4], que comprende a la Presidencia de la República y a los ministerios a nivel nacional (Ejecutivo nacional), a las gobernaciones de los estados (Ejecutivo estadal) y a las alcaldías municipales (Ejecutivo municipal). Esos órganos conforman lo que se denomina, en general, la "Administración central".

Además, también integran la Administración Pública los órganos de las personas jurídicas estatales descentralizadas de las mencionadas personas estatales político territoriales, que actúan siempre adscritas y bajo el control de tutela de los órganos que ejercen el poder ejecutivo, sea que hayan sido constituidas mediante ley con forma jurídica de derecho público, como, por ejemplo, los institutos autónomos, o con forma jurídica de derecho privado, como, por ejemplo, las empresas o fundaciones del Estado. Estos órganos conforman lo que se denomina, en general, la "Administración descentralizada". En tal sentido, en relación con la Administración Pública nacional, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha señalado:

Al respecto, y en un primer término, se observa que la Administración Pública nacional está integrada por: a) La Administración Central, conformada por órganos que dependen directamente del Ejecutivo nacional, como lo son la Presidencia de la República, la Vicepresidencia Ejecutiva, el Consejo de Ministros, los Ministerios, las Oficinas Centrales de la Presidencia, la Procuraduría General de la República, el Consejo de Estado y el Consejo de la Defensa de la Nación; y, b) La Administración descentralizada, la cual a su vez se subdivide en dos tipos, la Administración descentralizada Territorialmente, conformada por los entes político-territoriales (Estados y municipios); y la Administración descentralizada Funcionalmente, conformada por los Institutos Autónomos; personas jurídicas de Derecho Público con forma societaria (empresas del Estado), asociaciones civiles y fundaciones pertenecientes al Estado[5].

Pero una descripción como la anterior de la Administración Pública en sentido orgánico, también podría considerarse como insuficiente en nuestro régimen constitucional, pues hay otros órganos de las personas jurídicas estatales político territoriales que si bien también se puede considerar que integran o son parte de la Administración Pública, sin embargo, no ejercen el poder ejecutivo. Es decir, si bien todos los órganos del Estado que ejercen el poder ejecutivo están integrados en la Administración Pública, no todos los órganos que

tiene en cuenta el 'acto' en sí mismo", *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 214.

4 La Sala Constitucional ha señalado, p. ej., que "el poder ejecutivo es por definición [un] conjunto orgánico", sentencia 1447 del 3 de junio de 2003, caso Impugnación del artículo 22 de la Ley Orgánica Del Trabajo, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, p. 192.

5 Sentencia 2724 del 18 de diciembre de 2001, caso Impugnación del artículo 2º ordinal 9º de la Ley del estatuto Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los municipios (consultada en original).

conforman la Administración Pública ejercen el poder ejecutivo del Estado, de manera que hay órganos de la Administración Pública que no dependen jerárquicamente del Presidente de la República, de los gobernadores ni de los alcaldes, pues ejercen otros poderes públicos distintos del poder ejecutivo. Recuérdese, en efecto, que conforme al sistema de penta división del poder público establecido en el artículo 136 C., el poder público nacional se divide en cinco ramas: legislativo, ejecutivo, judicial, ciudadano y electoral, de manera que los órganos estatales que los ejercen son, respectivamente, autónomos e independientes entre sí.

En ese contexto de división del poder público nacional, además de aquéllos que ejercen el poder ejecutivo, los órganos estatales que ejercen el poder ciudadano (Ministerio Público: Fiscalía General de la República, Contraloría General de la República y Defensoría del Pueblo) y el poder electoral (Consejo Nacional Electoral y sus juntas y comisiones), si bien son autónomos e independientes del poder ejecutivo nacional y de los otros poderes públicos; sin embargo también son órganos que forman parte de la Administración Pública de la República[6], aun cuando no sean parte de la "Administración central".

Igualmente, también conforman la Administración Pública de la República los órganos de administración y gobierno del poder judicial dependiente del Tribunal Supremo de Justicia, en particular, la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y sus diversas dependencias.

Como se puede apreciar, el universo de la Administración Pública en sentido orgánico es mucho más amplio que el tradicional, que la reducía a los órganos estatales que ejercían el poder ejecutivo; y ello se confirma por la misma ubicación de la sección segunda, "De la Administración Pública", en el capítulo I, "De las disposiciones generales", del título IV sobre "El poder público" de la Constitución de 1999. Los artículos constitucionales de dicha sección: el 141, sobre los principios de la Administración Pública; el 142, sobre la creación de entes descentralizados, y el 143, sobre el derecho a la información administrativa y acceso a los documentos oficiales, se aplican a todo el universo de órganos que conforman la Administración Pública[7], y no sólo a los que ejercen el poder ejecutivo.

Sin embargo, en cuanto a la Ley Orgánica de la Administración Pública[8], la misma, si bien está básicamente destinada a regular a la Administración Pública central del poder nacional (que ejerce el poder ejecutivo) y a la Administración Pública descentralizada nacional, sus normas son aplicables a los otros órganos nacionales, estadales y municipales antes mencionados que integran la Administración Pública, como se deriva de su artículo 1.º que dispone:

Las disposiciones de la presente Ley serán aplicables a la Administración Pública nacional. Los principios y normas que se refieran en general a la Administración Pública, o

---

6 Como lo ha dicho la Sala Constitucional: "ambos poderes constituyen, fuera del ejecutivo, organizaciones calificables como Administración Pública", en sentencia 340 del 9 de marzo de 2004, caso Impugnación de la Ley Orgánica de La Contraloría General de la Republica y del Sistema Nacional de Control Fiscal y del Reglamento sobre los Concursos para la designación de los titulares de las Contralorías municipales y distritales, *Revista de Derecho Público*, n.º 97 y 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, p. 220

7 Cfr. sobre el régimen constitucional relativo a la Administración Pública, ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *La Constitución de 1999. Derecho constitucional venezolano*, t. I, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 276 y ss.; ANTONIETA GARRIDO DE CÁRDENAS "La Administración Pública nacional y su organización administrativa en la Constitución de 1999", en *Estudios de derecho administrativo. Libro homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, vol. I. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 428 a 471.

8 Cfr. sobre el régimen legal de la Administración Pública, ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Introducción general al régimen jurídico de la Administración Pública" en íd. y RAFAEL J. CHAVERO G., *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 13 y ss.; GUSTAVO BRICEÑO VIVAS "Principios constitucionales que rigen la Administración en la nueva Ley Orgánica de la Administración Pública", en *Temas de derecho administrativo. Libro homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, vol. I, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 351 a 372.

expresamente a los estados, distritos metropolitanos y municipios serán de obligatoria observancia por éstos, quienes deberán desarrollarlos dentro del ámbito de sus respectivas competencias.

Las disposiciones de la presente Ley podrán aplicarse supletoriamente a los demás órganos del poder público.

Pero por otra parte, como se ha dicho, el término Administración Pública también tiene una connotación material al identificar no sólo a un conjunto de órganos estatales, sino a unas *actividades* realizadas con vistas a satisfacer un interés general del Estado o de la sociedad, generalmente por sus órganos.

Estas actividades se caracterizan, ante todo, porque son siempre de carácter sublegal en el sistema de formación del derecho por grados, pues se trata de actividades realizadas en ejecución directa e inmediata de la legislación y sólo indirecta y mediata de la Constitución; y fundamentalmente las realizan los órganos del Estado o de las personas jurídicas estatales; órganos que, sin embargo, no necesariamente son sólo los antes señalados que integran la Administración Pública en sentido *orgánico*. La actividad administrativa del Estado, en efecto, no la cumplen únicamente los órganos de las personas jurídicas estatales que ejercen el poder ejecutivo, el poder judicial (gobierno y administración del mismo), el poder ciudadano y el poder electoral y que conforman la Administración Pública, sino que también la cumplen la Asamblea Nacional, los consejos legislativos de los estados y los concejos municipales, en ejercicio del poder legislativo, o el Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República, en ejercicio del poder judicial, cuando por ejemplo administran su cuerpo de funcionarios o entran en relación con los particulares en ejercicio de la función administrativa o cuando ejercen la función normativa emitiendo actos reglamentarios. La actividad administrativa como objeto del derecho administrativo, por ello, está también esencialmente vinculada al ejercicio de las diversas funciones del Estado (normativa, política, administrativa, jurisdiccional y de control).

Además, la actividad administrativa que interesa al derecho administrativo muchas veces se realiza por particulares o por personas jurídicas de derecho privado e, incluso, de carácter no estatal, pero que en virtud de la ley ejercen prerrogativas del poder público. Así sucede, por ejemplo, con ciertos actos de las universidades privadas o de las federaciones deportivas, como serían los actos sancionatorios, regulados por ejemplo en las leyes que regulan a las universidades y al deporte, y que tienen el carácter de actos administrativos[9].

Finalmente, no toda la actividad que realizan algunos órganos que configuran la Administración Pública del Estado, como por ejemplo la que realiza el Presidente de la República, constituye actividad administrativa, sino sólo las actividades que sean de carácter sublegal. El Jefe del Ejecutivo nacional y otros órganos del Estado, en efecto, además de realizar actividades en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución, ejercen actividades que son formal y sustancialmente distintas de la anterior, realizadas en ejecución directa e inmediata de la Constitución, como son las actividades políticas (de gobierno)[10].

---

9 Véase el análisis de la jurisprudencia sobre el tema en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Estado de derecho y control judicial*, Alcalá de Henares y Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1987, pp. 498 y ss.

10 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, T. VI, "La justicia constitucional", San Cristóbal y Caracas, Universidad Católica del Táchira y Edit. Jurídica Venezolana, 1996, pp. 199 a 226; e íd., "Comentarios sobre la doctrina del acto de gobierno, del acto político, del acto de Estado y de las cuestiones políticas como motivo de inmunidad jurisdiccional de los Estados en sus Tribunales nacionales", *Revista de Derecho Público*, n.º 26, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1986, pp. 65 a 68;

Por ello, la actividad administrativa que interesa al derecho administrativo está esencialmente vinculada al sistema de formación del derecho por grados[11], al cual nos hemos referido en la *Introducción General*.

Pero si bien la Administración Pública, tanto en su connotación orgánica como en su sentido material de actividad, constituye el objeto del derecho administrativo, no todo el derecho que regula a la Administración Pública, o sea, a los órganos estatales que la conforman o a las actividades administrativas, es derecho administrativo. Es decir, en el mundo del derecho no existen sujetos de derecho o actividades respecto de los cuales pueda decirse que exclusivamente se rigen por una sola rama del derecho. Así como no se puede decir que las sociedades anónimas sean sujetos de derecho que sólo se regulan por el Código de Comercio, pues también están sometidas al Código Civil, al Código Penal y a todas las leyes de derecho administrativo que, por ejemplo, regulan diversos sectores de la economía (bancos, seguros, mercado de capitales, etc.); en igual sentido, los órganos de la Administración Pública, además de estar sometidos al derecho administrativo, también están sometidos al derecho civil y al derecho mercantil, por ejemplo.

Por lo demás, como se dijo, esos sujetos de derecho o personas jurídicas estatales que interesan al derecho administrativo no tienen una configuración uniforme pues pueden tener la forma de personas jurídicas de derecho público o la forma jurídica de personas jurídicas de derecho privado. Por ello, a los órganos de la Administración Pública, si bien regidos por el derecho administrativo, sin embargo, en una forma u otra, siempre se les interaplica de manera variable un régimen tanto de derecho público como de derecho privado[12]. El derecho administrativo, por supuesto, tiene siempre una preponderancia en este régimen, pero el mismo no comprende la totalidad de las normas que se aplican a los órganos de la Administración Pública del Estado ni a la actividad administrativa del mismo. De allí que las clásicas ecuaciones del derecho administrativo de principios del siglo pasado, que, por lo demás, fueron útiles en el proceso de autonomización de nuestra disciplina, puede decirse que quedaron en la historia bibliográfica del derecho administrativo. Ellas fueron, por una parte:

Personas públicas-Administración Pública-actividad administrativa-derecho público-actos administrativos-contratos administrativos-responsabilidad administrativa;

y por la otra parte:

Personas privadas-administración privada-actividad privada-derecho privado-actos privados-contratos privados-responsabilidad civil.

Y ello ocurrió, precisamente por los dos elementos que hemos destacado: la Administración Pública es un complejo orgánico de determinadas personas político territoriales, conforme a nuestro sistema constitucional de distribución vertical y horizontal del poder público, que se rige por el derecho administrativo, aun cuando en forma no exclusiva ni excluyente.

---

11 Sobre el sistema jerarquizado o graduado del orden jurídico, creación de la denominada Escuela Vienesa, Cfr. HANS KELSEN, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires 1981, p. 135 y ss; ADOLF MERLK, *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, 1935, pp. 7 a 62. Sobre dicho sistema en el constitucionalismo venezolano, Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Derecho administrativo,* t. I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1975, pp. 373 y ss.; íd. *Instituciones Políticas y Constitucionales*, t. I, "Evolución Histórica del Estado", San Cristóbal y Caracas, Universidad Católica del Táchira y Edit. Jurídica Venezolana, 1996, pp. 107 a 117.

12 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "La interaplicación del derecho público y del derecho privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del derecho administrativo" en *Las formas de la actividad administrativa. II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, 1996, Caracas, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), 1996, pp. 23 a 73.

En todo caso, el derecho administrativo no pierde su autonomía cuando a la Administración Pública y a la actividad administrativa se le aplican normas de derecho privado, ni los órganos del Estado dejan de serlo cuando, para determinadas actuaciones, deban regirse, además de por el derecho público, por normas del derecho privado; así mismo, los particulares y, en general, las personas jurídicas no estatales, no dejan de serlo cuando en ciertas de sus actividades cotidianas se encuentran sometidos al derecho administrativo, incluso, en algunos casos con preponderancia del derecho civil. El derecho, en definitiva, es uno sólo y se aplica a todos los sujetos de derecho en todas sus ramas, las cuales tendrán preponderancia según cual sea la finalidad de la actividad que estos realizan.

Por tanto, el derecho administrativo no comprende la totalidad de las normas que se aplican tanto a los órganos de la Administración Pública del Estado como a la actividad administrativa del mismo, pues siempre estos órganos y esas actividades están sometidos a un régimen mixto de derecho administrativo y de derecho privado, con preponderancia variable de uno u otro.

§ 1. La administración pública y el derecho administrativo

De todo lo anteriormente expuesto resulta, por tanto, que la definición de la Administración Pública como objeto del derecho administrativo es esencial para la definición de esta rama del derecho, la cual consideramos que tiene que estar basada en la descripción de dicho objeto.

Por ello, bien podría partirse para el estudio de nuestra disciplina de la definición del derecho administrativo como: aquella rama del derecho público que regula los sujetos de derecho o personas jurídicas que conforman el Estado; la Administración Pública como complejo orgánico de esas personas jurídicas estatales, su organización y funcionamiento; el ejercicio de la función administrativa dentro de las funciones del Estado; la actividad administrativa, siempre de carácter sublegal, realizada por los órganos de las personas jurídicas estatales en ejercicio de las funciones normativas o administrativas, o la realizada por los particulares a quienes la ley ha autorizado para ello, su régimen y control; y las relaciones jurídicas que se establecen entre las personas jurídicas estatales o las que desarrollan la actividad administrativa, y los administrados, que moldean las formas de la actividad administrativa.

Con una definición como esta, por supuesto, no cabe hacer intento alguno de adoptar un criterio único para definir el derecho administrativo[1]. No se trata, por tanto, ni de una definición orgánica ni de una definición material ni de una definición formal, pues no existe un criterio clave absoluto para definir el derecho administrativo ni su objeto: la Administración Pública. La definición debe elaborarse con la mezcla de los diversos criterios, lo que además responde al contenido heterogéneo y mutable de la actividad administrativa del Estado. Por ello, el derecho administrativo de hace cuatro o cinco décadas no es ni puede ser el mismo del mundo contemporáneo, y ello por la razón fundamental de que regula una parcela esencial de la acción del Estado que, además de ser siempre heterogénea, es esencialmente mutable.

Ahora bien, lo que resulta de cualquier definición del derecho administrativo y, en particular, de su objeto, la Administración Pública, es que en forma preliminar deben estudiarse los siguientes aspectos:

En *primer lugar*, el conjunto de sujetos de derecho o personas jurídicas estatales cuyos órganos conforman la Administración Pública como complejo orgánico.

---

[1] Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "El concepto de derecho administrativo en Venezuela", *Revista de Administración Pública*, n.º 100 a 102, vol. I, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales 1983, pp. 685 a 704, y en *Estudios de Derecho Administrativo,* Bogotá, Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, 1986, pp. 7 a 24. Con el título "Bases constitucionales del derecho administrativo en Venezuela", *Revista de Derecho Público*, n.º 16, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1983, pp. 5 a 20; y *El derecho público en Venezuela y Colombia*, *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. VII, 1984-1985, Caracas, Universidad central de Venezuela, 1986, pp. 215 a 231. Cfr. además, específicamente sobre el tema, NECTARIO ANDRADE LABARCA, "Consideraciones sobre el concepto de derecho administrativo", *Revista de la Facultad de Derecho*, Año II, n.º 6, Maracaibo, Universidad del Zulia, 1962, pp. 5 a 14; FRANCISCO BRICEÑO CANELÓN, "Idea general, concepto e importancia del derecho administrativo", *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Año XV, n.º 67 a 72, Caracas, 1951, pp. 62 a 73, íd. "Caracteres generales del derecho administrativo en Venezuela", *Revista del Colegio de Abogados del Estado Lara,* n.º 28, Barquisimeto, 1963, pp. 27 a 48.

En *segundo lugar*, la Administración Pública como tal complejo orgánico dentro de la estructura general del Estado que resulta del sistema de distribución del poder público en Venezuela, que por la forma federal del Estado no sólo es horizontal sino vertical.

En *tercer lugar*, la función administrativa dentro de las funciones del Estado como tareas esenciales, cuya diferenciación no coincide ni con la separación de poderes ni con las mismas actividades estatales.

En *cuarto lugar*, la actividad administrativa como una de las actividades del Estado que se realiza por todos los órganos del mismo, de carácter sublegal y en ejercicio de variadas funciones, su régimen y control.

En *quinto lugar*, las formas de la actividad administrativa como consecuencia del conjunto de relaciones que se establecen entre las personas jurídicas estatales y los administrados o entre los diversos órganos de la Administración Pública con motivo del ejercicio de la función administrativa o de la realización de una actividad administrativa.

I. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO COMPLEJO DE ÓRGANOS ESTATALES

1. *La administración pública como conjunto de órganos de las personas jurídicas estatales y la distribución vertical del poder público*

A. *El estado y las personas jurídicas estatales*

La Constitución utiliza con gran frecuencia la palabra “Estado” para establecer, por ejemplo, obligaciones prestacionales concretas a cargo de los entes públicos en relación con los administrados. Por ejemplo, dispone que “el Estado protegerá la familia” (art. 75), que “el Estado creará, ejercerá la rectoría y gestionará un sistema público nacional de salud” (art. 84), que “el Estado asumirá [la educación] como función indeclinable” (art. 102), que “el Estado garantizará la atención integral de los deportistas” (art. 111), que “el Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas (art. 119), o que “el Estado protegerá el ambiente” (art. 127).

Sin embargo, “el Estado”, como tal y en el orden constitucional y legal interno, a pesar de estas expresiones constitucionales, no es sujeto de derechos y obligaciones pues no es una persona jurídica, sino que, en realidad, lo conforman un conjunto de personas jurídicas estatales. Es decir, si bien es cierto que en el ámbito de la comunidad internacional la República de Venezuela, como “Estado”, goza de personalidad jurídica internacional, en cambio, en el ámbito del derecho interno el Estado, como tal, no es un solo sujeto de derecho o persona jurídica, sino que en realidad es un conjunto de personas jurídicas estatales, que resultan del sistema constitucional que se ha establecido para la distribución territorial del poder público (personas jurídicas estatales). Como lo ha constatado la sala Constitucional del Tribunal Supremo:

El Estado, al menos entre nosotros, es visto como la personificación de la República a efectos internacionales (en el entendido de que sólo la República tiene poder para las relaciones exteriores) e incluso como la forma de englobar el conjunto de personas públicas a ciertos efectos nacionales (como sería el caso de asuntos atribuidos a todas las personas públicas, incluso no territoriales, por lo que no es necesario distinguir entre ellas y se les trata en co-

mún; tal es el supuesto del deber del Estado de procurar la salud o la educación de la población, que en ningún caso puede ser considerado como una obligación exclusiva de un ente)[2].

B. *La distribución y división del poder público*

En efecto, en la Constitución, cuando se regula el poder público como la potestad constitucional que habilita a las personas estatales para actuar como sujetos de derecho y que les permite imponer el interés público sobre el interés particular[3], establece un doble sistema respecto de su separación: una distribución vertical del mismo en el territorio, y una división orgánica horizontal del mismo en cada nivel territorial. Por ello es que el artículo 136 C. establece que "el poder público se distribuye entre el poder municipal, el poder estadal y el poder nacional"; y además, que "el poder público nacional", cuyo ejercicio es el que básicamente se regula en la Constitución *nacional*, "se divide en legislativo, ejecutivo, judicial, ciudadano y electoral".

Como antes se ha analizado en la *Introducción General*, lo primero que establece esta norma es la llamada *distribución vertical* del poder público, lo que da origen a un sistema de personas jurídicas estatales derivadas de la descentralización político territorial que origina la forma federal del Estado, en tres niveles: nacional, estadal y municipal; y lo segundo que regula la disposición es que en el nivel nacional se establece una penta *división horizontal* del poder público, lo que da origen a la separación orgánica de los poderes del Estado, no sólo en los tres clásicos poderes legislativo, ejecutivo y judicial, siguiendo los criterios tradicionales del constitucionalismo moderno, sino agregando al poder ciudadano y al poder electoral. Estos últimos lo ejercen los órganos del Estado que con anterioridad se habían venido configurando como órganos constitucionales con autonomía funcional[4] y que formaban parte de la Administración Pública.

Estos dos sistemas de regulación del poder público, para su ejercicio, tienen implicaciones en la configuración de la Administración Pública como complejo orgánico; pero es la distribución territorial del mismo la que origina los diversos sujetos de derecho o personas jurídicas que configuran el Estado, y dentro de cuyos órganos están los que constituyen la Administración Pública.

C. *Las personas jurídicas estatales*

En efecto, siendo el Estado venezolano un "Estado federal descentralizado" en los términos formales establecidos en el articulo 4º C., el mismo está básicamente conformado por el conjunto de personas jurídicas político territoriales que son: la República, los estados, los municipios y las otras personas jurídicas estatales producto de la descentralización política y funcional. El Estado, por ello, se insiste, no es una persona jurídica en el ámbito interno, sino que en el sistema constitucional lo que existen son muchas personas jurídicas que actualizan su voluntad, que son las personas jurídicas estatales.

---

2 Véase sentencia 285 del 4 de marzo de 2004, caso Interpretación de los artículos 156, 180 y 304 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Revista de Derecho Público*, n.º 97 y 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, p. 278.

3 La Sala Electoral del Tribunal Supremo en sentencia 4 del 25 de enero de 2001, caso Roraima Quiñonez *vs.* Universidad de Carabobo, ha definido "la potestad -por oposición al derecho subjetivo- como poder que tienen una serie de órganos conforme al ordenamiento jurídico para imponer su voluntad frente a los particulares, se justifica precisamente por el hecho de que la actuación de estos órganos (sean o no administrativos en sentido estricto) debe responder a necesidades de interés general, que precisamente viene a legitimar la preeminencia del ejercicio de esta potestad sobre los intereses particulares", *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 145.

4 Cfr. sobre el sistema anterior a la Constitución de 1999, ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Principios del régimen de la organización administrativa venezolana*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1991, pp. 11 y ss.

Por tanto, jurídicamente hablando, y esto tiene una repercusión básica en el derecho administrativo, en Venezuela no existe ni puede existir una sola Administración Pública como complejo orgánico, ni las administraciones públicas pueden, como tales, ser personas jurídicas. En realidad, cada una de las personas político territoriales tiene su propia Administración Pública como conjunto orgánico, cuya actuación se imputa a la persona jurídico estatal a la cual pertenece. En otras palabras, la Administración Pública, en realidad, es una organización que, por supuesto, está conformado por un conjunto de órganos que, además, lo son de las personas jurídicas estatales, y que, como tales órganos, sirven para manifestar o actualizar la voluntad de éstas y, mediante ellas, la del Estado.

D. *La administración pública y las personas jurídicas estatales*

La Administración Pública, por ello, como lo precisa la misma Ley Orgánica de la Administración Pública, está conformada tanto por los órganos de las personas jurídicas estatales como unidades administrativas, como por algunas de dichas personas (las no territoriales) que la ley denomina "entes". Así lo indica el artículo 15 LOAP al disponer que "los órganos y entes de la Administración Pública se crean, modifican y suprimen por los titulares de la potestad organizativa"[5], conforme a lo establecido en la Constitución y la ley, de manera que:

Tendrá el carácter de *ente* toda organización administrativa descentralizada funcionalmente con personalidad jurídica propia distinta de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios.

Son *órganos* las unidades administrativas de la República, los estados, los distritos metropolitanos y entes públicos a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo.

De lo anterior deriva la importancia que tiene para el derecho administrativo el tema de la personalidad jurídica.

Ahora bien, en cuanto a esas personas jurídicas estatales que son los sujetos de derecho cuyos órganos conforman la Administración Pública, ellas son objeto de regulación por parte del derecho administrativo porque, en definitiva, son las que establecen relaciones jurídico administrativas con los particulares. La Administración Pública, por tanto, se insiste, no es una persona jurídica en sí misma; sino que está conformada por los órganos de las diversas personas jurídicas estatales; noción ésta última clave para su precisión.

Como en tantos otros aspectos del derecho administrativo, la construcción de la teoría de la personalidad jurídica no puede hacerse con independencia de los principios y regulaciones de la teoría general del derecho y, en especial, del derecho civil, pues la idea de persona jurídica o moral, como sujeto de derecho, es y tiene que ser una y única[6].

En efecto, de acuerdo con el Código Civil, en el mundo del derecho, además de las personas naturales, son reconocidos como sujetos de derecho, es decir, como entes capaces de derechos y obligaciones, una serie de "centros de intereses" con sustratos personales o reales a los cuales, para protegerlos jurídicamente, el ordenamiento jurídico les asigna personalidad jurídica o moral como entidades abstractas. En tal sentido, el artículo 19 C. C. dispone:

Son personas jurídicas y por lo tanto, capaces de obligaciones y derechos:

---

5 Cfr. en general, HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ, "La potestad organizativa en el derecho venezolano", *Libro Homenaje a Rafael Caldera. Estudios sobre la Constitución*, t. IV, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1979, pp. 2.105 a 2.192.

6 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *La Constitución de 1999. Derecho constitucional venezolano*, t. I, cit. pp. 266 y ss.

1.º La Nación y las Entidades políticas que la componen;

2.º Las Iglesias, de cualquier credo que sean, las universidades y, en general todos los seres o cuerpos morales de carácter público;

3.º Asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas de carácter privado.

De acuerdo con esta enumeración, en consecuencia, son personas jurídicas en el ordenamiento jurídico venezolano:

En *primer lugar,* las *personas jurídicas político territoriales* que el Código Civil enuncia como "la Nación y las entidades políticas que la componen", y que conforme a la terminología de la Constitución integran el Estado. Como se ha dicho, la forma federal del mismo establecida en la Constitución (art. 4.º) y la distribución vertical del poder público "entre el poder municipal, el poder estadal y el poder nacional" (art. 136) da origen a tres niveles de personas jurídicas que integran el Estado: la República, que ejerce el poder nacional; los estados que ejercen el poder estadal, y los municipios y demás entidades locales (entre ellas los distritos metropolitanos), que ejercen el poder municipal.

En esta forma, como se dijo, en el derecho interno el "Estado" comprende a la República, a los estados y a los municipios y a las demás entidades locales; por lo que en el derecho interno la República es una de las personificaciones del Estado en el ámbito nacional, siendo los estados federados y los municipios, también, personificaciones del Estado en sus respectivos ámbitos territoriales.

El Estado, por tanto, no se puede confundir con la República y menos aún cuando la Constitución, como se ha dicho, usa la palabra "Estado" para conceptuar la organización política y jurídica que ejerce el poder público frente a las actividades y entidades privadas.

En *segundo lugar*, de acuerdo al artículo 19 C.C. también son personas jurídicas en el ordenamiento jurídico venezolano las *personas jurídicas "de carácter público",* entre las cuales el Código enuncia a "las Iglesias de cualquier credo que sean y las universidades". Estas personas jurídicas de carácter público, conforme a la terminología empleada en la Constitución de 1999 (art. 145, en particular), son las "demás personas jurídicas de derecho público" (excluidas las político territoriales) y que comprenden, además de las de carácter corporativo, algunas de las cuales (comunidades) son las que enuncia el ordinal 2.º, artículo 19 C.C. (Iglesias y universidades), las de carácter institucional (o fundacional) que son los institutos autónomos, terminología acogida también en la Constitución (art. 142, entre otros).

En *tercer lugar*, el Código Civil también considera como personas morales a las *personas jurídicas "de carácter privado",* las cuales son las personas jurídicas de derecho privado, terminología también seguida en la Constitución (art. 145, entre otros), que comprenden a las asociaciones, entre las cuales se destacan las sociedades civiles y sociedades mercantiles, las corporaciones, que incluyen a las comunidades particulares y las fundaciones lícitas, cuya personalidad se adquiere, en principio, con la protocolización de la correspondiente acta constitutiva en la respectiva Oficina Subalterna de Registro.

Ahora bien, no todas las personas jurídicas enumeradas en este artículo 19 C.C. interesan al derecho administrativo, ni son objeto de regulación formal por parte de esta disciplina, ni todos sus órganos configuran la Administración Pública. Entre ellas, son objeto de estudio por el derecho administrativo aquéllas que forman parte de la organización general del Estado, sean constituidas con forma jurídica de derecho público o de derecho privado. Es decir, aquéllas que conforman lo que desde el punto de vista económico constituye el "sector público" (art. 289,3 C.) y que pueden considerarse como personas jurídicas *estatales* conforme a la terminología que adopta la misma Constitución (arts. 145 y 180, entre otros).

Sin embargo, también son objeto de estudio por el derecho administrativo aquellas personas jurídicas con forma de derecho público que aun siendo no estatales, por el conjunto de potestades que les están atribuidas por ley, su actividad está sometida a un régimen de derecho administrativo, como ocurre con los colegios profesionales.

En efecto, de acuerdo a la enumeración del mismo artículo 19 C.C., entre las personas jurídicas estatales, además de las político territoriales, están algunas de carácter público o de derecho público, como los institutos autónomos. Pero no todas las personas de derecho público son estatales, porque por ejemplo, si bien los colegios profesionales, las academias nacionales y las Iglesias son "personas de derecho público", no son, en absoluto, de carácter estatal, pues no forman parte de la organización general del Estado.

Por otra parte, también son personas jurídicas *estatales* todas aquellas personas jurídicas de derecho privado creadas y dirigidas por otras personas estatales, como sucede con las sociedades mercantiles (empresas del Estado) y civiles del Estado o las fundaciones del Estado. El carácter estatal de todas esas personas jurídicas, por tanto, es independiente de su forma de derecho público o de derecho privado. Por pertenecer a la organización general del Estado (sector público) o Administración Pública, son objeto de regulación por parte del derecho administrativo.

Pero además, como se dijo, también interesan al derecho administrativo y están sometidas a sus regulaciones todas aquellas personas jurídicas que aun cuando no sean estatales porque no forman parte de la organización general del Estado y sus órganos, y por tanto no sean parte de la Administración Pública, sin embargo son de *derecho público* o, en la terminología del artículo 19 C.C., son "cuerpos morales de carácter público" como sucede, por ejemplo, con los colegios profesionales o las academias nacionales.

E. *La clasificación de las personas jurídicas en el derecho administrativo*

De lo anterior resulta, por tanto, a los efectos de determinar la Administración Pública, la necesidad ineludible de emplear las dos clasificaciones respecto de las personas jurídicas en el derecho administrativo que se han mencionado (*Introducción General, V),* y que son objeto de análisis detallado en la *Segunda Parte* de esta obra: por una parte, la que distingue entre las personas jurídicas de derecho público y las de derecho privado, según la forma jurídica adoptada; y por la otra, la que distingue las personas estatales de las no estatales, según su integración a la estructura y organización general del Estado. Los órganos de las personas jurídicas estatales son básicamente los que configuran la Administración Pública.

Ello, además, deriva de lo que se regula en los artículos 142, 145, 159, 168, 180, 184,4; 189,1; 289 y 322 C., hay por un lado hay personas jurídicas estatales, que forman parte de la organización general del Estado en sus tres niveles territoriales o, si se quiere, del sector público; y las personas jurídicas no estatales, que no forman parte del Estado o del sector público; y por el otro, hay personas jurídicas de derecho público, como los institutos autónomos, y personas jurídicas de derecho privado, como las sociedades anónimas del Estado, empresas del Estado, o "empresas públicas". Estas últimas personas jurídicas surgen como consecuencia de la descentralización funcional, la cual conforme al artículo 29 LOAP da origen a entes de dos tipos:

1. Entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho privado: estarán conformados por las personas jurídicas constituidas y regidas de acuerdo a las normas del derecho privado en los términos de la presente Ley, y serán de dos tipos:
   a. Entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales: serán aquellos entes descentralizados funcionalmente que no realicen actividades de producción de bienes o servicios destinados a la venta y cuyos ingresos o recursos provengan fundamentalmente del presupuesto de la República, los estados, los distritos metropolitanos, o los municipios.

   b. Entes descentralizados funcionalmente con fines empresariales: serán aquellos cuya actividad principal sea la producción de bienes o servicios destinados a la venta y cuyos ingresos o recursos provengan fundamentalmente de esta actividad.

2. Entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho público: estarán conformados por aquellas personas jurídicas creadas y regidas por normas de derecho público y podrán perseguir fines empresariales o no empresariales, al igual que podrán tener atribuido el ejercicio de potestades públicas.

De lo anterior resulta, en todo caso, como ya se señaló, que la expresión genérica de "Estado" comprende a todas las personas jurídicas que en el orden interno y en la organización política del Estado federal se consideran como parte del mismo, conforme a los tres niveles de distribución territorial del poder público: nacional, estadal y municipal. Entre los órganos de esas personas jurídicas estatales están, precisamente, los que conforman la Administración Pública.

2. *La administración pública como complejo orgánico y la división horizontal del poder público*

Pero por supuesto, no todos los órganos de las personas estatales integran la Administración Pública. La conformación de los órganos que la componen en esos casos está condicionada, a la vez, por el sistema de la división horizontal del poder público que se ha establecido en la Constitución, el cual puede considerarse que ha avanzado respecto de lo que son las líneas clásicas de la separación de poderes, pero sólo como separación orgánica y no como separación funcional.

En efecto, en cada complejo orgánico de las personas jurídicas estatales político territoriales: nacional, estadal y municipal, el poder público tiene una distribución orgánica horizontal peculiar.

A. *La penta división del poder público nacional y la Administración Pública nacional*

En el nivel nacional, como se ha analizado en la *Introducción General*, se distinguen cinco ramas del poder público: el poder legislativo nacional, el poder ejecutivo nacional, el poder judicial, el poder ciudadano y el poder electoral, correspondiendo su ejercicio a cinco complejos orgánicos diferenciados y separados.

La Administración Pública nacional central, como complejo orgánico, se encuentra ubicada en principio en el "Ejecutivo nacional", que conforma los órganos estatales que ejercen el poder ejecutivo nacional. Pero no sólo la Administración Pública nacional está conformada por los órganos que ejercen el poder ejecutivo, pues a nivel nacional a partir de la Constitución de 1961 encontraron encuadramiento constitucional diversos órganos estatales que se configuraban también como parte de la Administración Pública como complejo orgánico, pero que no dependían del Ejecutivo nacional ni estaban subordinados a ninguno de los tres conjuntos orgánicos clásicos del Estado (legislativo, ejecutivo, judicial). Se trataba de órganos constitucionales con autonomía funcional, que también eran órganos de la República como persona político territorial nacional, y que eran: el Ministerio Público, denominado igualmente Fiscalía General de la República; la Contraloría General de la República; el Consejo de la Judicatura, y el Consejo Supremo Electoral. Por supuesto, estos eran órganos que formaban parte de la Administración Pública nacional regulados por el derecho administrativo, aun cuando no formaran parte del Ejecutivo nacional ni de la Administración Pública central, ni tuvieran personalidad jurídica propia.

Esta tendencia se ha consolidado en la Constitución de 1999, al establecerse la ya mencionada penta división del poder público, agregándose a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, el poder ciudadano y el poder electoral (art. 136). Por ello, puede decirse que también conforman e integran la Administración Pública a nivel nacional, los órganos que ejercen el poder ciudadano, es decir, la Fiscalía General de la República o Ministerio Público, la Contraloría General de la República, y la Defensoría del Pueblo; así como los órganos que ejercen el poder electoral, como el Consejo Nacional Electoral. Igualmente, también puede considerarse que es órgano de la Administración Pública nacional la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia[7]. Todos esos órganos conforman la Administración Pública nacional, aun cuando, por supuesto, no la Administración Pública *central* cuyos órganos son los que ejercen el poder ejecutivo nacional.

B. *La división de los poderes públicos estadales y municipales y la Administración Pública estadal y municipal*

La separación orgánica de poderes, en forma horizontal, no sólo se ha establecido en el nivel nacional, sino también en los niveles estadales y municipales[8]. En los estados de la Federación, en efecto, se distinguen básicamente dos complejos orgánicos que ejercen respectivamente, el poder legislativo y el poder ejecutivo, conformados por los consejos legislativos de los estados y por sus gobernadores (arts. 160 y 162), por lo que la Administración Pública estadal está integrada, en principio, en las gobernaciones de estado. En los estados, además, hay que indicar que la Constitución ha previsto la existencia de unos órganos con autonomía orgánica y funcional (art. 163), que ejercen el poder estadal aun cuando la Constitución no los califique como tal poder, que son las contralorías estadales. Esos órganos de control, sin duda, también forman parte de la Administración Pública estadal, aunque por supuesto no forman parte de la Administración Pública *central* de los estados, la cual depende de las gobernaciones estadales.

Por último, en el nivel municipal, la Constitución también ha establecido un sistema de separación orgánica de poderes, distinguiéndose dos complejos orgánicos que ejercen los poderes legislativo y ejecutivo locales, conformados, respectivamente, por los concejos municipales, como órganos colegiados que ejercen la función legislativa a nivel local; y los alcaldes, a quienes corresponden las actividades de gobierno y administración municipal (arts. 174 y 175). A nivel municipal, por tanto, la Administración Pública *central* como complejo orgánico depende de los alcaldes. Pero debe indicarse que también en el nivel de los municipios la Constitución establece las contralorías municipales, como órganos de control, vigilancia y fiscalización, que por ello gozan de autonomía funcional (art. 176). Esos órganos de control también forman parte de la Administración Pública municipal, aun cuando, por supuesto, no forman parte de la Administración Pública *central* de los municipios, la cual depende de las alcaldías.

De todo lo anterior resulta, por tanto, que conforme a los principios de la distribución vertical y de la división horizontal del poder público, en el sistema constitucional venezolano, la Administración Pública está conformada por el complejo de órganos de las personas jurídicas estatales que ejercen el poder ejecutivo en los tres niveles territoriales (nacio-

---

[7] Cfr. LAURA LOUZA SCOGNAMIGLIO "La Administración Pública en el poder judicial", en *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, vol. II, cit., pp. 55 a 96.

[8] Cfr. ALFREDO ARISMENDI A., "Organización política administrativa de los estados en Venezuela", *Libro Homenaje a Rafael Caldera: Estudios sobre la Constitución,* t. I, cit., pp. 351 a 384; e íd., "Régimen constitucional y administrativo de los estados y municipios en Venezuela", *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet,* t. I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1981, pp. 293 a 312.

nal, estadal y municipal), así como por los órganos que en el nivel nacional ejercen el poder ciudadano, el poder electoral y el poder judicial, en este último caso en lo que se refiere al gobierno y administración del mismo; y en los niveles estadales y municipales, por los que conforman sus contralorías.

II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Pero hemos dicho, el término "Administración Pública" también tiene un sentido material, como actividad, en particular, como actividad administrativa, para cuya determinación y comprensión resulta necesario precisar dicho concepto; con miras a ello, preponemos partir de la siguiente definición: la actividad administrativa es toda actividad desarrollada por los órganos competentes de la Administración Pública o con autorización de la misma, de carácter sublegal, realizada en ejecución de las funciones del Estado para el cumplimiento de sus cometidos, y de cuyas consecuencias o efectos responden tanto los funcionarios como las personas jurídicas estatales a las cuales representan.

De esta propuesta de definición, por supuesto, resulta indispensable precisar su contenido, particularmente en relación con las seis nociones básicas que hemos utilizado para conformarla, que son: la Administración Pública, la competencia, el carácter sublegal de la actividad, las funciones del Estado, los cometidos estatales y la responsabilidad. El primer concepto ya se ha analizado al considerar a la Administración Pública como complejo orgánico, por lo que a continuación se analizarán los otros.

1. *La actividad administrativa realizada por órganos competentes conforme al principio de legalidad*

La actividad administrativa, hemos dicho, no sólo se ejerce por los órganos de las personas jurídicas estatales que conforman la Administración Pública, sino que también sólo puede ser tal la que se realice por los órganos competentes (*Tercera parte, § 10*), ciñéndose a lo que se establece en la Constitución y en las leyes, es decir, al principio de la legalidad y conforme al procedimiento administrativo establecido[9]. Las actuaciones realizadas por órganos incompetentes, o sin observancia del procedimiento legalmente prescrito, en definitiva, lo que constituyen son vías de hecho.

Este principio de legalidad que rige no sólo para la Administración Pública sino para todos los órganos del Estado, tiene su fundamento en el artículo 137 C., que dispone:

La Constitución y la Ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el poder público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.

Esta norma recoge el principio que estaba en el artículo 117 C. de 1961, pero con una nueva redacción en la cual no se habla de "atribuciones del poder público", lo cual era impropio ya que el poder público es una potestad constitucional y no un órgano sino de "las atribuciones de *los órganos que ejercen* el poder público", cuyas actividades son las que deben sujetarse a la Constitución y a las leyes.

---

9 Véase la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en *Gaceta Oficial* n.º 2.818 Extra. del 1 de julio de 1981. Cfr. además, en ALLAN R. BREWER-CARÍAS et ál., *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 12ª. ed. actualizada, 2005, pp. 175 y ss; íd. *El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1985; íd. *Principios del procedimiento administrativo* (Prólogo de Eduardo García de Enterría), Madrid, Edit. Civitas, 1990; íd. *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, Bogotá, Universidad del Rosario y Edit. Legis, 2003.

El principio de legalidad o de actuación en conformidad con el derecho[10], como ya se ha analizado (*Introducción general, III)*, por tanto, implica que las actividades que realicen todos los órganos que ejercen el poder público y no sólo los que conforman la Administración Pública, deben someterse a la Constitución y a las leyes. La consecuencia de ello, en un Estado de derecho como el que organiza la Constitución de 1999, es que todas las actividades contrarias al derecho están sometidas al control tanto de la jurisdicción constitucional (art. 334) como de la jurisdicción contencioso administrativa (art. 259), cuyos tribunales pueden anularlos.

En relación con la Administración Pública, la Ley Orgánica de la Administración Pública expresa formalmente el principio vinculándolo a la competencia, para lo cual, además, precisa la jerarquía de las fuentes del derecho aplicable a la Administración, así:

> *Artículo 4.º* La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a las leyes y a los actos administrativos de carácter normativo, dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático a las personas.
>
> Se destaca de esta norma, como se dijo, tanto la indicación formal de la je-rarquía de las fuentes del derecho: 1. La Constitución; 2. Las leyes, y 3. Los actos administrativos normativos, como la referencia al principio teleológico de la sumisión a la ley, cuyo fin es la garantía y protección de las libertades públicas propias del régimen democrático. Las fuentes del derecho, además, para ser tales, deben haberse dictado formal y previamente a la actividad que se regule, lo que implica la proscripción de la retroactividad de la ley.

El principio de la legalidad, además, se erige en la Constitución como un principio en el cual se fundamenta la Administración Pública, definiéndose como "el sometimiento pleno a la ley y al derecho" (art. 141), y además, destacándose como una de las misiones fundamentales de los órganos del poder ciudadano, el velar por "la aplicación del principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del Estado" (art. 274).

Adicionalmente, el artículo 8 LOAP recoge la previsión del artículo 7.º C., al precisar que "todos los funcionarios de la Administración Pública están en la obligación de cumplir y hacer cumplir la Constitución". Toda autoridad, por tanto, deriva y debe ejecutarse conforme a la Constitución.

La consecuencia de lo anterior es que los órganos de la Administración Pública, para desarrollar las actividades administrativas, tienen que tener competencia para ello, la cual por sobre todo requiere de texto expreso, siendo además de obligatorio cumplimiento y debiendo ser ejercida bajo las condiciones, límites y procedimientos establecidos legalmente[11]. Además, la competencia, tal como lo precisa el artículo 26 LOAP, es irrenunciable, indelegable, improrrogable y no puede ser relajada por convención alguna, salvo los casos expresamente previstos en las leyes y demás actos normativos. Por tanto, toda actividad reali-

---

10 Cfr. ANTONIO MOLES CAUBET, *El principio de legalidad y sus implicaciones*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1974.

11 Por ello, la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa precisó en sentencia del 28 de enero de 1964, que la competencia "debe emerger del texto expreso de una regla de derecho, ya sea de la Constitución, la ley, el reglamento o la ordenanza", *Gaceta Oficial* n.º 27367 del 13 de febrero de 1964, p. 203.359. Cfr. además, ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Principios del régimen de la organización administrativa venezolana*, cit. pp. 47 y ss.

zada por un órgano manifiestamente incompetente o usurpada por quien carece de autoridad pública, es nula y sus efectos se deben tener por inexistentes (art. 26). Se recoge así, el principio establecido en el artículo 138 C., conforme al cual "toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos".

En la realización de las actividades administrativas, por tanto, no puede haber competencias que no estén reguladas expresamente en la Constitución o en la ley[12], de manera que el principio general es que la competencia de todos los órganos del Estado para la realización de sus actividades, tiene que derivar de texto constitucional o legal expreso; y en lo que se refiere a la actividad administrativa, la misma básicamente puede y está en la ley, pues dicha actividad siempre es de carácter sublegal.

2. *La actividad administrativa como actividad de carácter sublegal conforme al principio de la formación del derecho por grados*

En efecto, desde el punto de vista formal, conforme al principio de la formación del derecho por grados, que como antes se ha analizado (*Introducción general, II*), es uno de sus principios fundamentales que adopta la Constitución de 1999, todas las actuaciones del Estado derivan de la ejecución de la Constitución como norma suprema, en forma escalonada y sucesiva, configurándose entonces dos tipos de actividades estatales: aquéllas que derivan de la ejecución directa e inmediata de la Constitución, y aquellas que son de ejecución directa e inmediata de la legislación y, por tanto, de ejecución indirecta y mediata de la Constitución.

Así, partiendo de la consideración de la Constitución como norma suprema y como fundamento del ordenamiento jurídico, como lo declara el artículo 7.º, hay actividades que realizan determinados órganos del Estado en cumplimiento de atribuciones establecidas directa y exclusivamente en la Constitución, sin que exista o pueda existir otro acto estatal de ejecución directa e inmediata de la Constitución, como las leyes, que las regulen y que se interponga entre la Constitución y la actividad. Por ejemplo, la actividad legislativa o la actividad de gobierno. Además, hay otras actividades de los órganos del Estado que se realizan en cumplimiento de atribuciones establecidas no sólo en la Constitución sino también en las leyes, en las que, por principio, existe o puede y debe existir un cuerpo legislativo que las regule. Verbigracia, la actividad judicial y, precisamente, la actividad administrativa.

Las primeras, es decir, las actividades realizadas en ejecución directa e inmediata de la Constitución, precisamente por ello, sólo están y pueden estar sometidas a lo que dispone el Texto Fundamental, no teniendo competencia el legislador para regularlas mediante leyes; las segundas, en cambio, son actividades realizadas en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución, las cuales, precisamente por ello, además de estar sometidas al Texto Fundamental (como toda actividad estatal), están sometidas a las regulaciones establecidas, además de en la Constitución, en las leyes y en las otras fuentes del derecho.

---

12 La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia ha insistido en la necesidad de que la competencia resulte de texto expreso, y si bien ha admitido la posibilidad de ejercicio de competencias con base en el "principio del paralelismo de las competencias" o de "las competencias implícitas", ello ha sido con la limitación expresa de que en ejercicio de las mismas no se pueden afectar derechos subjetivos e intereses de los administrados. Véase el criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre el "paralelismo de las competencias" en sentencia 2612 del 11 de diciembre de 2001, caso Impugnación de la Constitución del Estado Portuguesa (consultada en original), y el criterio de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia sobre las "potestades implícitas o inherentes", en sentencia 87 del 11 de febrero de 2004, *Revista de Derecho Público,* n.º 97 y 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, p. 190.

Las primeras por otra parte, dada la ejecución directa e inmediata de la Carta, sólo están sometidas al control de constitucionalidad a cargo de la jurisdicción constitucional que corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo (arts. 334, 336.2 y 4); las segundas, en cambio, están sometidas al control de constitucionalidad y de legalidad que corresponde a las otras Jurisdicciones del poder judicial, tanto a las ordinarias, como sucede con las apelaciones y la casación en lo que concierne a la actividad judicial; como a la jurisdicción contencioso administrativa y a la jurisdicción contencioso electoral (arts. 259 y 297) cuando se trata de actividades administrativas.

Las actividades administrativas, por tanto y por esencia, constituyen actividades estatales que se realizan siempre en ejecución directa e inmediata de la legislación y, por ende, en ejecución indirecta y mediata de la Constitución; precisamente por ello se dice que esencialmente son de carácter sublegal, aun cuando en un momento dado no se haya dictado la legislación correspondiente que las regule en concreto. El elemento de distinción no es que se haya dictado una ley o no que regule la actividad, sino que no cabe dictarla cuando se trata de actos que ejecutan directamente la Constitución, que por ello, precisamente, no pueden estar condicionados por una norma de rango legal. Por ello, como se ha analizado en la *Introducción General*, no se puede confundir el principio de que hay "normas constitucionales de aplicación directa e inmediata", como, por ejemplo, aquellas que atribuyen competencia a los órganos del Estado y aquellas que declaran derechos y garantías constitucionales, con el principio de "los actos que se dictan en ejecución directa e inmediata de la Constitución" [13].

En consecuencia, como se ha dicho, toda actividad administrativa es una actividad que siempre es de carácter sublegal, es decir, de ejecución directa e inmediata de la legislación (así las leyes reglamentarias correspondientes no se hayan dictado) y de ejecución indirecta y mediata de la Constitución. Estas actividades, conforme a lo anteriormente expuesto, por tanto, desde el punto de vista formal como orgánico, pueden distinguirse de las otras actividades legislativas, de gobierno y judiciales.

En efecto, la actividad legislativa está conformada por los actos legislativos, que son las leyes (arts. 187.1 y 203), y los actos parlamentarios sin forma de ley (actos privativos e *interna corporis*) (art. 187). Las leyes, incluso, son formalmente definidas en la Constitución como los actos sancionados por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador (art. 203). También pueden considerarse como actos legislativos los decretos leyes o decretos con fuerza de ley, dictados por el Presidente de la República previa autorización por una ley habilitante (arts. 203 y 236.8). Todos estos actos legislativos son actos de ejecución

---

13 Por ello es que hemos dicho que, lamentablemente, este principio fundamental del constitucionalismo venezolano fue violentado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para justificar su competencia exclusiva para controlar la actividad administrativa desarrollada por el Consejo Supremo Electoral, en lo que se refiere a los actos administrativos dictados en relación con el proceso de referendo revocatorio del mandato del presidente de la República, realizado durante el año 2004, impidiendo así a la sala Electoral ejercer sus competencias constitucionales de control de dicha actividad. Véase la sentencia de avocamiento 566 el 12 de abril de 2004, caso Julio Borges, César Pérez Vivas, Henry Ramos Allup, Jorge Sucre Castillo, Ramón José Medina y Gerardo Blyde *vs.* Consejo Nacional Electoral, con motivo de la impugnación de la Resolución 040302-131 del 2 de marzo de 2004 del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual dicho órgano informó sobre resultados preliminares de la verificación de las solicitudes y firmas en el procedimiento revocatorio iniciado en relación con el Presidente de la República, y de un Instructivo del mismo Consejo Nacional Electoral sobre el tratamiento por el comité técnico superior de las firmas de caligrafía similar o renglones de planillas llenadas por la misma persona, *Revista de Derecho Público*, n.º 97 y 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 228 y ss. Véanse los comentarios en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *La Sala Constitucional vs. El Estado democrático de derecho (El secuestro del poder electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política)*, Caracas, Ediciones Libros El Nacional, 2004.

directa e inmediata de la Constitución, incluso en los casos de los decretos ley; y su definición es tanto orgánica como formal: orgánica, pues se definen según el órgano que los dicta; y formal, por la graduación que tienen en el ordenamiento jurídico, de ser actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o de rango de ley.

Los actos de gobierno, por su parte, son los actos dictados por el Presidente de la República en ejercicio sólo de atribuciones constitucionales, y que por ello, no pueden estar regulados o limitados por la Asamblea Nacional mediante leyes. Es el caso, por ejemplo, del nombramiento del Vicepresidente Ejecutivo, de la concesión de indultos, de la convocatoria de la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias, y de la disolución de la Asamblea Nacional (art. 236.3, 9, 19 y 21). Los actos de gobierno también son actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución, y su definición es tanto orgánica como formal: orgánica, pues se definen según el órgano que los dicta, y formal, por la graduación que tienen en el ordenamiento jurídico, de ser actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

Los actos judiciales y, más propiamente, las sentencias, también se definen por el elemento orgánico y el formal: son actos que sólo pueden emanar de los tribunales, y tienen unos efectos precisos de verdad legal definidos en el ordenamiento y derivados del valor de cosa juzgada. Se trata, siempre, de actos de carácter sublegal, es decir, dictados en ejecución directa e inmediata de la ley, e indirecta y mediata de la Constitución.

En la definición de los actos legislativos, de gobierno y judiciales, por lo tanto, hay una identificación entre órgano y acto, además de criterios formales derivados de la formación del derecho por grados, y no necesariamente se definen según criterios materiales o derivados de la función que se ejerce al dictarlos. Por ejemplo, los actos legislativos pueden no tener contenido normativo, y pueden haberse dictado en ejercicio de funciones administrativas o políticas; y los actos de gobierno, pueden, en cambio, tener contenido normativo.

Pero en la definición de la actividad administrativa y, en particular, de los actos administrativos, en cambio, los criterios anteriores no se pueden aplicar en forma lineal, pues estos no se pueden identificar ni orgánica ni funcionalmente: son dictados por los cinco grupos de órganos estatales que ejercen el poder público, y se pueden dictar en ejercicio de todas las funciones estatales. Así, tan acto administrativo es un reglamento dictado por cualquier órgano de la Administración Pública o por los tribunales en ejercicio de la función normativa, como un acto de ejecución presupuestaria o de personal dictado por los órganos de la Administración Pública, los tribunales o la Asamblea Nacional en ejercicio de la función administrativa; o un acto dictado por los órganos de la Administración Pública en ejercicio de la función jurisdiccional, al decidir una solicitud o un recurso administrativo.

La definición del acto administrativo, por tanto, en contraste con los otros actos estatales, requiere de una mezcla de criterios dado el carácter heterogéneo de los mismos: se emplea el criterio orgánico, al identificar como actos administrativos los actos emanados de la Administración Pública como complejo orgánico en ejercicio de las funciones normativa, jurisdiccional o administrativa del Estado; se utiliza el criterio material, al identificar como actos administrativos los actos dictados por los tribunales en ejercicio de las funciones administrativa y normativa, los actos dictados por la Asamblea Nacional en ejercicio de funciones administrativas e, incluso, los dictados por entidades privadas autorizadas por ley en ejercicio de funciones normativas y administrativas; y en todo caso, conforme al criterio formal, siempre que se trate de actos de carácter sublegal, es decir, dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución[14].

---

14 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "El problema de la definición del acto administrativo" en *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, t. I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, pp. 25 a 78.

La actividad administrativa, en todo caso, al ser de carácter sublegal, como ya se ha dicho, está, por sobre todo, sometida al derecho y es controlable jurisdiccionalmente. En efecto, conforme al sistema establecido en la Constitución todos los actos estatales están sometidos al derecho y todos son controlables jurisdiccionalmente por razones de constitucionalidad o de legalidad. Aquí está la esencia del principio de la legalidad y del Estado de derecho.

En Venezuela, como se ha analizado (*Introducción general, XIII*), el sistema jurídico es de carácter universal y cerrado en materia de control jurisdiccional, en el sentido de que ninguno de los actos estatales puede escapar al control del Tribunal Supremo de Justicia y de los demás tribunales que controlan la constitucionalidad y la legalidad de los mismos. Así, los actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, es decir, las leyes, los actos parlamentarios sin forma de ley, los actos ejecutivos de rango y valor de ley y los actos de gobierno, están sometidos exclusivamente al control de la constitucionalidad que está a cargo de la jurisdicción constitucional que corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia[15]. En cuanto a las sentencias, estas están sometidas al control judicial ordinario de las apelaciones y, en materia de legalidad, al recurso de casación ante las salas de Casación Civil, de Casación Social y de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia. Y en cuanto a los actos administrativos, estos están sometidos al control por parte de la jurisdicción contencioso administrativa y de la jurisdicción contencioso electoral, que corresponde a las salas Político Administrativa y Electoral del Tribunal Supremo de Justicia y a los otros tribunales que las conforman[16].

Lo importante a señalar sobre este control contencioso administrativo es que el mismo se realiza sobre *todos* los actos administrativos, pudiendo los tribunales competentes declarar su nulidad, así sean actos administrativos emanados no sólo de los órganos de la Administración Pública, sino de los órganos legislativos, de los tribunales e, incluso, de entidades privadas.

3. *La actividad administrativa y el ejercicio de la función administrativa dentro de las funciones del estado*

Ahora bien, como también se ha analizado anteriormente (*Introducción general, VII*), las actividades del Estado se realizan en cumplimiento de determinadas funciones que le son esenciales y le dan, incluso, razón de ser[17]. En particular, los órganos que conforman la Administración Pública, por esencia, ejercen la función administrativa, que es una de las funciones del Estado, con vistas a gestionar el interés general que se le ha encomendado, entrando en relaciones jurídicas con los administrados y otros sujetos de derecho. Pero ello no significa que los órganos que conforman la Administración Pública sólo ejerzan esta función estatal, ni que los demás órganos de las personas jurídicas estatales que no se integran en la Administración Pública no puedan ejercer dicha función administrativa.

---

[15] Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Instituciones Políticas y Constitucionales***,** t. VI, "La justicia constitucional", cit.; íd. *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999 (Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos)*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000; íd. "La Justicia Constitucional en la Nueva Constitución" *Revista de Derecho Constitucional*, n.º 1, Caracas, Edit. Sherwood, 1999, pp. 35 a 44; e íd. *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativos,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 75 y ss.

[16] Id.*, Instituciones Políticas y Constitucionales***,** t. VII, "La justicia contencioso administrativa", San Cristóbal y Caracas, Universidad Católica del Táchira y Edit. Jurídica Venezolana, 1996; íd. *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativos,* cit. pp. 127 y ss.

[17] Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Derecho administrativo*, t. I, cit. pp. 373 y ss.

Es decir, el ejercicio de la función administrativa no constituye un monopolio de la Administración Pública, ya que se ejerce por todos los órganos estatales. De ello resulta, por supuesto, que la separación de poderes no coincide con una inexistente separación de funciones.

En efecto, las funciones del Estado se configuran como aquellas tareas esenciales de las personas estatales, que le dan razón de ser al Estado mismo y que no pueden ejercerse sino en ejercicio de la potestad constitucional que se identifica con el poder público. Como ya se ha indicado, esas funciones se pueden clasificar en cinco: la producción de normas que integran el ordenamiento jurídico, que es la función normativa; la conducción política de la sociedad, que es la función política; la solución de conflictos sobre derechos e intereses entre partes, que es la función jurisdiccional; el control de las propias actividades administrativas y de las actividades particulares reguladas por el Estado, que es la función de control; y la gestión, en concreto, del interés público por el Estado como sujeto de derecho o por otros sujetos de derecho autorizados por el Estado, que se relacionan con los administrados, que es la función administrativa.

Todas estas cinco funciones estatales se ejercen, de acuerdo con nuestro sistema constitucional, por todos los cinco grupos de órganos separados horizontalmente y que ejercen el poder público, por lo que el ejercicio de las funciones estatales no es ni exclusivo ni excluyente de ningún órgano estatal, o si se quiere, de alguno de los cinco "poderes públicos".

Así, la Asamblea Nacional, los consejos legislativos estadales y los concejos municipales ejercen como función propia la función normativa, que en este caso se configura como "función legislativa" (función normativa ejercida por el legislador); pero ello ni es exclusivo de los órganos legislativos ni es excluyente: primero, porque la función normativa también se ejerce por los órganos ejecutivos, judiciales, de control (poder ciudadano) y electoral cuando desarrollan la potestad reglamentaria; y segundo, porque la propia Asamblea Nacional ejerce además funciones administrativas y políticas cuando, por ejemplo, administra su personal o su presupuesto, o se reserva un sector de la economía, respectivamente.

Por su parte, en el nivel nacional, por ejemplo, los órganos del Ejecutivo nacional ejercen la función política y, en general, la Administración Pública central ejerce la función administrativa, pero ello tampoco es exclusivo de dichos órganos ni excluyente: primero, en cuanto a la función administrativa, porque ésta también es función propia de los órganos que ejercen el poder ciudadano (Fiscalía General de la República, Contraloría General de la República, Defensoría del Pueblo) y el poder electoral; y además, se ejerce también por la Asamblea Nacional, como se ha dicho, y aun mediante leyes concretas; y por el Tribunal Supremo de Justicia, su Dirección Ejecutiva de la Magistratura y los tribunales cuando, por ejemplo, administran su personal y su presupuesto. Segundo, porque los propios órganos de la Administración Pública central ejercen la función jurisdiccional, verbigracia, cuando se trata de procedimientos administrativos en los cuales intervienen administrados con posiciones encontradas, o en caso de autorizaciones administrativas en las cuales se deban resolver conflictos entre partes interesadas, o cuando ello suceda al decidir recursos administrativos. Tercero, además, porque todos los órganos de la Administración Pública ejercen funciones normativas, al desarrollar la potestad reglamentaria.

El Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales tienen como función propia ejercer la función jurisdiccional, pero ello tampoco es exclusivo de los órganos del poder judicial ni excluyente: primero, porque, como se dijo, la función jurisdiccional también la ejercen los órganos de la Administración Pública nacional central; y segundo, porque también, como se dijo, el Tribunal Supremo de Justicia a través de su Dirección Ejecutiva de la Magistratura y los propios tribunales ejercen funciones normativas y administrativas cuan-

do dictan cuerpos reglamentarios internos o administran su personal o presupuesto e, incluso, cuando realizan tareas de carácter disciplinario, de registro o de la llamada jurisdicción voluntaria.

Por último, los órganos del poder ciudadano, es decir, la Fiscalía General de la República, la Defensoría del Pueblo y Contraloría General de la República, ejercen como función propia la función de control; pero ello ni es exclusivo de los órganos de control ni es excluyente: primero, porque la función de control también se ejerce, esencialmente, por los órganos legislativos (control parlamentario), ejecutivos (control administrativo y financiero) y judiciales (control judicial); y segundo, porque los propios órganos del poder ciudadano ejercen además funciones normativas y administrativas, integrando sus órganos a la Administración Pública del Estado.

Por tanto, en Venezuela, la división o separación de poderes no coincide con una pretendida separación de funciones, y al contrario, como se señaló, las funciones estatales se ejercen por todos los órganos estatales en ejercicio de todos los poderes del Estado. En esta forma, el derecho administrativo no sólo regula a la Administración Pública como complejo orgánico, y, por supuesto, al ejercicio de todas las funciones del Estado (particularmente la función normativa y jurisdiccional) por dichos órganos; sino que también regula el ejercicio de la función administrativa, cuando se realiza por los órganos que ejercen el poder legislativo, el poder judicial, el poder ciudadano y el poder electoral, y el ejercicio de la función normativa y de control, de rango sublegal por dichos órganos.

4. *La finalidad de la actividad administrativa, sus formas y las relaciones jurídico administrativas*

La Constitución de 1999 en forma expresa establece que “la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos” (art. 141); lo que reitera el artículo 3.º LOAP, sustituyendo, sin embargo, la expresión “ciudadanos” por “particulares”, y agregando que en su actuación la Administración Pública debe dar preferencia a la atención de los requerimientos de la población y a la satisfacción de sus necesidades (art. 5.º); pues, en definitiva, en el “Estado Social y de Justicia, la Administración está forzada a tener en cuenta los valores materiales primarios que reclama la sociedad, de lo contrario, su poder o autoridad se torna ilegítima y materialmente injusta”[18].

Sobre la interpretación del artículo 141 C., la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa en sentencia de 16 de marzo de 2000, ha precisado que el mismo:

> [Debe] ser interpretado como lo ha hecho en el derecho comparado el catedrático Jesús González Pérez, para quien interpretando la Constitución española, “La idea de servicio de los intereses generales debe presidir la actuación de cualquiera que realiza una función pública. Autoridad o funcionario, político o empleado, debe hacer siempre lo que sea mejor para los intereses públicos. La Administración pública –dice el art. 103.1 de la Constitución- sirve con objetividad los intereses generales. Lo que constituye un mandato para todos y cada uno de los que realizan una actividad administrativa. Consiguientemente, los programas de Ética Pública se elaboran sobre la idea de servicio, tratando de imbuir la idea de que el funcionario está al servicio de la colectividad. Y los conflictos –y las medidas para prevenirlos y darles solución adecuada– constituyen uno de los temas generales de los congresos sobre Ética pública[19].

---

[18] Véase lo expuesto por la Sala Político Administrativa en sentencia 1885 del 5 de octubre de 2000, *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 105.

[19] Véase *Revista de Derecho Público*, n.º 81, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 196.

Por su parte, el artículo 3.º LOAP señala que el "principal objetivo" de la organización y funcionamiento de la Administración Pública es dar eficacia a los principios, valores y normas consagrados en la Constitución y, en especial, conforme se indica en el artículo 19 C., "garantizar a todas las personas, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos".

La Administración Pública, agrega el artículo 5.º LOAP, debe asegurar a los particulares la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella; además, debe tener entre sus objetivos la continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas, de acuerdo con las políticas fijadas y teniendo en cuenta los recursos disponibles, determinando al respecto las prestaciones que proporcionan los servicios de la Administración Pública, sus contenidos y los correspondientes estándares de calidad.

La actividad administrativa, por tanto, por esencia, incide en la esfera jurídica de los administrados. Por eso hemos dicho que el derecho administrativo, además de regular a la Administración Pública como complejo orgánico, el ejercicio de la función administrativa y la propia actividad administrativa del Estado, regula también las relaciones entre las personas jurídicas estatales como sujetos de derecho actuando a través de los órganos de la Administración Pública, y los administrados, como consecuencia de la gestión del interés público que, en concreto, aquéllas tienen que asumir.

En estas relaciones está otro de los elementos clave del derecho administrativo contemporáneo: el necesario equilibrio, en un régimen democrático, que tiene que establecerse entre los poderes y prerrogativas de los órganos de la Administración Pública y los derechos de los particulares o administrados, lo cual plantea unas especiales exigencias en un régimen de derechos y garantías ciudadanas.

En esta forma, ante el elenco de derechos y garantías que declara la Constitución, corresponde a la legislación propia del derecho administrativo su regulación, actualización, limitación y protección concretas y, con ello, la de las diversas formas de la actividad administrativa, que corresponden a las clásicas formas o cometidos de: policía, fomento, servicio público, control y gestión de los asuntos públicos.

La primera, la actividad de policía, quizás la más clásica de las actividades administrativas, siempre resulta en definitiva en una limitación a los derechos constitucionales[20]; la segunda, la actividad de fomento, se manifiesta en la política de estímulo al desarrollo pleno de los mismos derechos ciudadanos, con particulares connotaciones en el ámbito económico; la tercera, la actividad de servicio público, en esencia es la obligación prestacional impuesta al Estado consecuencia directa de derechos ciudadanos previstos constitucional o legalmente[21]; la cuarta, la actividad de control, corresponde a todas las acciones del Estado de control de la actuación tanto de los órganos de la Administración Pública como de los propios administrados en relación con sus actividades reguladas; y la quinta

[20] Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Consideraciones sobre el régimen jurídico de la actividad de policía administrativa", *Revista de Derecho Público*, n.º 48, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1991, pp. 51 a 66.

[21] Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias" *Revista de Derecho Público*, n.º 6, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1981, pp. 65 a 71; íd., "El régimen constitucional de los servicios públicos" en *El nuevo servicio público. Actividades reservadas y regulación de actividades de interés general (electricidad, gas, telecomunicaciones y radiodifusión) VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías 2002,* Caracas, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 2003, pp. 19 a 49; JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G., "Un ensayo sobre el concepto de servicio público en el derecho venezolano", *Revista de Derecho Público*, n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, pp. 47 a 75.

forma de la actividad administrativa, la de gestión del interés general, que puede manifestarse, entre otros, en el campo de la economía cuando el Estado gestiona incluso directamente actividades dentro del sistema de economía mixta establecido en la Constitución[22].

De esta manera, la actividad administrativa, materialmente hablando, no puede concebirse sin su incidencia directa en la esfera jurídica de los particulares, pues en definitiva aquella se concreta en una regulación, limitación, estímulo, satisfacción, control o protección de los derechos y garantías constitucionales.

La materia administrativa, por tanto, está conformada por todas aquellas regulaciones que permiten al Estado actuar en concreto, realizando cometidos y prestaciones, y que a la vez se configuran como limitaciones a los derechos y garantías constitucionalmente permitidas, por lo que bien podría decirse que el derecho administrativo, materialmente hablando, es el derecho de las limitaciones y regulaciones al ejercicio de esos derechos.

5. *La consecuencia de la actividad administrativa: la responsabilidad*

La actividad administrativa, como resultado del ejercicio de competencias de los órganos de la Administración Pública legalmente establecidas en forma expresa y cuyo cumplimiento es generalmente de carácter obligatorio, como toda actividad en el mundo del derecho, puede producir daños a los administrados, tanto en el ejercicio lícito de sus poderes como por hecho ilícito. Si estos daños se producen, tanto los titulares de los órganos del Estado o de su Administración Pública (los funcionarios públicos) como las personas jurídicas estatales deben responder por los mismos.

Como ya se ha analizado (*Introducción general, XII*), uno de los principios fundamentales que rige para todos los órganos del Estado, es decir, que ejercen el poder público y, por supuesto, para los que conforman la Administración Pública, es el regulado en el artículo 139 C., que recoge otra norma tradicional de nuestro constitucionalismo, y es el principio de la responsabilidad individual de los titulares de dichos órganos, es decir, de los funcionarios públicos en el ejercicio del poder público. Dispone dicha norma:

El ejercicio del poder público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la Ley.

Esta norma recoge el principio del artículo 121 C. 1961, pero agregando la "desviación de poder" dentro de los supuestos que generan responsabilidad del funcionario.

Pero, además de haber establecido la responsabilidad individual de los funcionarios, como antes se ha dicho, una de las innovaciones importantes de la Constitución de 1999 en materia de régimen general del ejercicio del poder público, es la previsión expresa del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, es decir, de las personas jurídicas estatales, básicamente las que resultan de la distribución vertical del poder público (República, estados y de municipios); por los daños y perjuicios que causen los funcionarios en ejercicio de sus funciones, así:

Artículo 140: El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública.

III. EL OBJETO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Hemos dicho que el derecho administrativo puede considerarse, simplemente, como el derecho de la Administración Pública, y en este contexto se puede entender por Adminis-

---

22 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Fundamentos de la administración pública*, cit. pp. 253 y ss.

tración Pública, en *primer lugar*, desde el punto de vista orgánico, el conjunto de sujetos de derecho que personifican al Estado, su organización y los medios para su funcionamiento; y en *segundo lugar,* desde el punto de vista material, el ejercicio de la función administrativa como una de las funciones del Estado y la realización de la actividad administrativa del Estado[23].

Esta definición elemental, que describe el objeto del derecho administrativo tal como se ha ido paulatinamente formando durante las centurias de su consolidación, precisa el contenido del derecho que es común y normal a la Administración y que se puede moldear en torno a los siguientes bloques de regulación:

En *primer lugar,* el régimen de la Administración Pública como complejo orgánico del Estado al cual está atribuido, en general, el ejercicio del poder ejecutivo como rama del poder público. En un Estado con forma federal como el venezolano, la Administración Pública tiene necesariamente que identificarse en plural, como las Administraciones Públicas nacional, estadal y municipal, de acuerdo a la distribución vertical del poder público.

El derecho administrativo regula, por tanto, la organización de esas administraciones públicas y, en particular, la personificación de las mismas como sujetos de derecho tanto de carácter público territoriales, conformando la llamada Administración central; como de carácter no territorial, sea de derecho público o de derecho privado, y que conforman la llamada Administración Pública descentralizada.

En *segundo lugar,* el derecho administrativo regula el funcionamiento de las referidas administraciones públicas, particularmente en lo que concierne a los recursos necesarios para hacerlas actuar. Así, es campo normal del derecho administrativo, el régimen del personal al servicio de las administraciones públicas, en especial, el régimen de los funcionarios o empleados públicos; el régimen de los bienes de los sujetos de derecho que personifican las administraciones públicas, sean del dominio público o del dominio privado de las mismas; y el régimen de los recursos financieros necesarios para su funcionamiento, el cual se ha ido imbricando paulatinamente con el derecho financiero y tributario.

En *tercer lugar,* también es campo propio del derecho administrativo, el régimen del ejercicio de las funciones del Estado por parte de las administraciones públicas, es decir, de las funciones normativa, política, jurisdiccional y administrativa; así como el ejercicio de la función administrativa y de la función normativa de rango sublegal, por otros órganos del Estado distintos de las administraciones públicas, y por los particulares y sus organizaciones, a los cuales la ley se las haya atribuido.

En *cuarto lugar,* también es campo propio y normal del derecho administrativo, el régimen de la actividad administrativa que resulta del ejercicio de las funciones estatales, en todas sus formas, en particular, el régimen de la policía administrativa, de los servicios públicos, del fomento y de la ordenación de las actividades particulares consideradas como de interés o utilidad general.

En *quinto lugar,* es también objeto propio y normal del derecho administrativo el régimen de la actividad administrativa en cuanto a su materialización en hechos y actos jurídicos, particularmente los actos administrativos y los contratos administrativos, y en cuanto a los procedimientos para su formación y ejecución.

---

23 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "El concepto del derecho administrativo en Venezuela", *Revista de Administración Pública* n.º 101 y 102, vol. I, cit.; y en *Revista de Derecho Público* n.º 16, cit. pp. 5 a 20. Publicado también en íd., *Estudios de Derecho Administrativo,* Bogotá, Universidad Colegio Mayor del Rosario, 1986, pp. 7 a 24.

En *sexto lugar,* el derecho administrativo también regula la responsabilidad del Estado, o más precisamente, de las personas jurídicas estatales originada por la actuación de sus órganos, así como la responsabilidad de los funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones.

Por último, en *séptimo lugar,* es también campo propio y normal del derecho administrativo el régimen del control de las administraciones públicas, de sus funcionarios y de sus actividades, tanto de carácter administrativo como fiscal y, en particular, el régimen del control contencioso administrativo para garantizar la tutela judicial efectiva de los administrados y de las propias personas estatales.

Ahora bien, tanto la Administración Pública, entendida como complejo orgánico de las personas jurídicas estatales, como la actividad administrativa, entendida como la que desarrollan los órganos competentes de aquellas o con autorización de las mismas, de carácter sublegal, en ejecución de las funciones del Estado para el cumplimiento de sus cometidos, y de cuyas consecuencias o efectos responden tanto los funcionarios como las personas jurídicas estatales a las cuales representan, precisamente, constituyen el objeto fundamental del derecho administrativo. Su régimen jurídico, por tanto, se refiere a todos los elementos destacados de ambos conceptos: la Administración Pública como complejo orgánico de las personas jurídicas estatales, su organización y funcionamiento; la competencia de sus órganos; el ejercicio de la función administrativa por los órganos estatales; los cometidos estatales y la responsabilidad de los funcionarios y del Estado.

El derecho administrativo, configurado en torno a los elementos tanto de la definición orgánica de la Administración Pública como de su definición material como actividad administrativa, en consecuencia, tiene por objeto regular básicamente los aspectos formales, en lo que se refiere, por ejemplo, a los procedimientos administrativos para la formación de la voluntad de los órganos de las personas estatales; y los aspectos materiales, en relación con la regulación del cometido específico del Estado respecto de cuya consecución se realiza.

§ 2. La constitucionalización del derecho administrativo

Si hay un signo distintivo de la Constitución de 1999, tal y como ha sucedido en otros países de América Latina, como en Colombia[1], es el de la constitucionalización del derecho administrativo; lo que confirma los cada vez más estrechos vínculos que existen entre el derecho constitucional y el derecho administrativo, constituyendo la propia Constitución la principal fuente de este último.

Ambas ramas del derecho son, ante todo y a la vez, tanto derechos estatales como derechos reguladores de las personas. Es decir, son ordenamientos que tienen por objeto regular tanto la organización y actuación del Estado como el ejercicio de los derechos por las personas. Y en el mundo contemporáneo, ambas ramas del derecho responden a las mismas bases constitucionales del Estado como Estado social y democrático de derecho; terminología acuñada desde hace décadas por las constituciones europeas, y posteriormente recogida en varias constituciones latinoamericanas, como por ejemplo, la colombiana de 1991 (art. 1.º), la de Ecuador de 1998 (art. 1.º) y la de Venezuela (art. 2.º).

Hemos dicho que además de ser un derecho de las personas, el derecho administrativo es un *derecho estatal*[2], en el sentido de que además de emanar del Estado, está destinado a regular una parte esencial de la organización y de la actividad del mismo; particularmente a la Administración Pública como complejo orgánico, su organización y funcionamiento; el ejercicio de la función administrativa, y las relaciones jurídicas entre las personas jurídicas estatales y los administrados; siendo su objeto, por tanto, normar instituciones de carácter público que persiguen fines públicos y colectivos, situados por encima de los intereses particulares.

Pero, por supuesto, al regular al Estado, el derecho administrativo se presenta siempre como un derecho dinámico, en constante evolución, como consecuencia directa de los constantes cambios que se operan en el fenómeno social y político de cada sociedad; la cual, como lo ha dicho ALEJANDRO NIETO, "se expresa en un determinado derecho [pues] las transformaciones sociales arrastran inevitablemente una alteración de la superestructura jurídica"[3]. En otras palabras, "el derecho administrativo se asienta sobre bases que están en constante evolución y que reflejan los condicionamientos políticos y sociales vigentes en un momento dado"[4]; por lo que puede decirse que el derecho administrativo sufre perma-

---

[1] Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "El proceso de constitucionalización del derecho administrativo en Colombia", *Revista de Derecho Público* n.º 55 y 56, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1993, pp. 47 a 59; íd., "Algunos aspectos del proceso de constitucionalización del derecho administrativo en Venezuela", *V Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carías, Los requisitos y vicios de los actos administrativos 2000,* Caracas, FUNEDA, 2000, pp. 21 a 37.

[2] ANDRE DEMICHEL, *Le droit administratif. Essai de réflexion théorique,* París, 1978, p. 14.

[3] Véase ALEJANDRO NIETO "La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo", *Revista de Administración Pública,* n.º 76, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales 1975; también en *34 artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario,* Madrid, 1983, pp. 880 y 881.

[4] Cfr. MARTÍN BASSOLS, "Sobre los principios originarios del derecho administrativo y su evolución", en *Libro homenaje al profesor Juan Galván Escutia,* Valencia, 1980, p. 57.

nentemente de una "crisis de crecimiento"[5], que se debe a los cambios que de manera constante le provocan las transformaciones económicas y sociales, que no cesan.

Esos cambios, por supuesto, en el mundo contemporáneo se reflejan cada vez con mayor fuerza en las propias constituciones, por lo que nuestro objetivo, en estas notas, es referirnos a las características más resaltantes del derecho administrativo venezolano, plasmadas precisamente en el texto constitucional de 1999, y determinar cómo están integradas en el panorama jurídico contemporáneo.

Siendo un derecho estatal, las características fundamentales del derecho administrativo constitucionalizado en Venezuela responden a lo que en el panorama jurídico contemporáneo constituyen los elementos fundamentales de nuestra disciplina: en *primer lugar,* el Estado de derecho y la legalidad; en *segundo lugar,* los condicionamientos democráticos y sociales de ese Estado; y en *tercer lugar*, el equilibrio que tiene que existir entre las prerrogativas y poderes del Estado y los derechos y garantías de los ciudadanos.

I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO DEL ESTADO DE DERECHO

Puede entonces decirse que el derecho administrativo es, ante todo, el derecho del Estado de derecho (*rule of law*), al punto de que sin este no habría derecho administrativo. Como es bien sabido, además, nuestra disciplina puede decirse que nació efectivamente con el surgimiento del Estado de derecho[6], producto de las revoluciones Francesa y Norteamericana[7] del siglo XVIII, el cual se configuró en torno a cinco principios esenciales que lo condicionan, siempre vigentes: el constitucionalismo; la limitación y distribución del poder público; el principio de legalidad; el reconocimiento de los derechos y garantías ciudadanas, y el control judicial del imperio de la ley.

La Constitución venezolana de 1999, con toda su novedad, sin duda, sigue respondiendo a estos cinco principios clásicos del Estado de derecho, que son la base de nuestra disciplina.

1. *La supremacía constitucional*

La primera nota que condiciona el derecho administrativo es, por tanto, el constitucionalismo, es decir, la idea de la existencia de la Constitución como norma suprema. Debe recordarse que como todas las constituciones contemporáneas, y desde que el concepto de "Constitución" tal y como la entendemos en la actualidad fue inventado en las colonias independientes de Norteamérica a partir de 1776, la Constitución venezolana es un ejemplo de Constitución rígida, concebida como la "norma suprema" (art. 7.º). En consecuencia, el constitucionalismo es en realidad, el fundamento de todo el ordenamiento jurídico, de manera que todos los órganos del Estado y todos los individuos están sujetos a la Constitución y tienen la obligación de respetarla y obedecerla (art. 7.º). Como tal, sus normas son directamente aplicables tanto a los órganos estatales como a los individuos y son fuente directa de derechos y obligaciones; en particular, aquellas normas que consagran los derechos humanos y sus garantías, y las que atribuyen competencia a los órganos del Estado.

---

5 Véase. PROSPER WEIL, *El derecho administrativo,* Madrid, 1966, p. 31.

6 Cfr. FERNANDO GARRIDO FALLA, "Sobre el derecho administrativo y sus ideas cardinales", *Revista de Administración Pública,* n.º 7, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1952; también en *34 artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario,* cit., p. 222.

7 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Reflexiones sobre la Revolución americana (1776) y la Revolución francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001.

Ese carácter de la Constitución de norma rígida y suprema, como se ha analizado (*Introducción General, I*), hace que prevalezca sobre toda otra norma o acto estatal, debiendo, por tanto, ser aplicada con preferencia cuando exista incompatibilidad entre ella y otras normas. Así lo precisa el artículo 334 C., como poder exclusivo de los jueces, quienes están en la obligación "de asegurar la integridad de la Constitución".

2. *La limitación al poder público*

La segunda nota esencial del Estado de Derecho que condiciona el derecho administrativo es la limitación al poder público o del poder del Estado, mediante su separación, como garantía de la libertad. A tal efecto, desde los inicios del constitucionalismo moderno puede decirse que surgieron dos sistemas de distribución del poder público que se consagraron en todas las constituciones: un sistema de distribución vertical o territorial del poder y un sistema de división horizontal del poder. Por supuesto, dichos sistemas no son ni jamás han sido uniformes: han variado en su forma e intensidad según los condicionamientos históricos, políticos y sociales propios de cada país. En el caso de Venezuela, ambos sistemas, sin duda, se han aplicado históricamente y están consagrados en la Constitución como producto de la realidad actual del país (*Introducción general, IV, VI*).

En *primer lugar,* la Constitución establece un sistema de distribución vertical o territorial del poder público, como consecuencia de la forma federal del Estado, el cual se califica como "descentralizado" (art. 4.º), compuesto por tres niveles de entidades territoriales autónomas: los municipios, los estados y la República (además del distrito capital y las dependencias federales) (art. 16). Estas entidades descentralizadas gozan de autonomía para la gestión de sus intereses propios dentro de los límites de la Constitución, con derecho a ser gobernadas por autoridades propias, elegidas por votación popular, las cuales ejercen las competencias que constitucionalmente les corresponden, legislando sobre las mismas; y administran sus propios recursos y establecen los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones (arts. 16, 159 y 168).

La nueva Constitución, sin embargo, establece una grave limitación a la autonomía de los estados, al remitir a una ley nacional la regulación del régimen de la organización y el funcionamiento de los consejos legislativos de los estados (art. 162), que son los que ejercen el poder legislativo estadal; y una aun más grave limitación a la autonomía municipal al circunscribirla no sólo a los límites impuestos por la Constitución, sino a los que pueda establecer la ley (art. 168), lo que es una negación a la misma, al carecer de garantía constitucional.

En *segundo lugar,* en la Constitución de 1999 se establece una división horizontal o un sistema de separación orgánica de poderes, que origina órganos independientes y autónomos entre sí que ejercen las diversas ramas del poder público: legislativa, ejecutiva, judicial, ciudadana y electoral. El sistema, por supuesto, nada tiene que ver con la exageración del constitucionalismo inicial francés de la Revolución, de acuerdo con el cual se conformaron aquellos compartimientos estancos que tanto caracterizaron y condicionaron la evolución del derecho administrativo en Francia, y que no sólo dieron origen a la justicia administrativa separada del poder o rama judicial, sino que provocaron el tardío establecimiento de un completo sistema de control de la constitucionalidad de las leyes.

Nada más lejos de esa concepción que la que siempre se ha adoptado en Venezuela y que se refleja en la Constitución de 1999, en la cual, desde 1961, se ha constitucionalizado la jurisdicción contencioso administrativa pero formando parte de la rama judicial (art. 259) del poder público, y en la cual la jurisdicción constitucional se ha atribuido al Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional (art. 266.1). Dicho sistema, por supuesto, nada tiene que ver, salvo por aproximaciones semánticas, con el sistema de dualidad jurisdiccional estilo francés, donde la jurisdicción contencioso administrativa no forma parte de la rama judicial.

Pero en particular, en cuanto a la división del poder público, la Constitución adoptó un novedoso sistema de separación orgánica del poder público nacional, en cinco poderes, agregando a los tradicionales poderes legislativo, ejecutivo y judicial, dos nuevos, los poderes ciudadano y electoral. Esta penta división o separación horizontal orgánica del poder público (art. 136), por supuesto, no es rígida, como no lo es hoy en ninguna parte del mundo. No sólo todos los órganos que las integran colaboran entre sí en la realización de los fines del Estado (art. 136), sino que el ejercicio de las funciones propias de los órganos de cada uno no es exclusivo ni excluyente, pudiendo, en dicho ejercicio, haber interferencia por parte de los órganos de los otros poderes estatales. Así, por ejemplo, la función jurisdiccional la pueden ejercer, además de los órganos de la rama judicial, las autoridades administrativas, como sucede normalmente en todos los países contemporáneos, no sólo de nuestra familia de derechos, sino del *common law*[8]. La función administrativa también se ejerce por las diversas ramas del poder, al igual que la función normativa. Hay, en todo caso, funciones que se ejercen por cada rama en forma privativa, y en éstas no puede haber interferencia, pues habría usurpación de funciones. De allí que conforme al artículo 138 C. "toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos".

Además, formalmente, como se ha dicho y como sucede hoy en la mayoría de los países, la otrora clásica división del poder en las ramas legislativa, ejecutiva y judicial, se rompió en el constitucionalismo del siglo XX, de manera que, en general, el poder público se ejerce, además de por los órganos que componen las tres clásicas ramas, por otra serie de órganos que progresivamente han sido constitucionalizados y dotados de autonomía funcional, y que en el caso de Venezuela ahora han sido erigidos en ramas formales del poder público. Es el caso del poder ciudadano, que integra los ya clásicos órganos constitucionales de control (art. 273), como la Contraloría General de la República (art. 267), el Ministerio Público (art. 284) y la Defensoría del Pueblo (art. 280); y del poder electoral, que ejerce el Consejo Nacional Electoral (art. 293). En la nueva Constitución, en todo caso, se eliminó el Consejo de la Judicatura, que también era un órgano constitucional con autonomía funcional, atribuyéndose ahora las funciones de gobierno y administración de la rama judicial al Tribunal Supremo de Justicia (art. 267).

Es de destacar, en todo caso, que la clave de funcionamiento de un sistema de separación orgánica de poderes es la autonomía e independencia entre los poderes, características que en la Constitución de 1999 resultan seriamente afectadas, entre otras, por las siguientes regulaciones: el Tribunal Supremo de Justicia tiene competencia para decretar la destitución del presidente de la República (art. 233); el Presidente de la República puede disolver la Asamblea Nacional (arts. 236.21 y 240), y la Asamblea Nacional puede remover a los magistrados del Tribunal Supremo (art. 265), al Contralor General de la República, al Fiscal General de la República, al Defensor del Pueblo (art. 279) y a los integrantes del Consejo Nacional Electoral (art. 296). La independencia de los poderes, con estas regulaciones, no tiene garantía constitucional alguna.

Por supuesto, para el derecho administrativo en este contexto de la separación orgánica de poderes, tiene una particular importancia tanto el ordenamiento de la rama ejecutiva el poder público como el tratamiento dado a la Administración Pública en la Constitución, y que también comprende a los órganos de los poderes ciudadano y electoral, por ejemplo. Puede decirse que en esta materia todos los principios necesarios han sido constitucionalizados, relativos a la organización administrativa (arts. 236.20) y a la Administración des-

---

8 Véanse las muy completas referencias al sistema de *administrative tribunals* y de órganos administrativos con funciones cuasi jurisdiccionales, en Inglaterra y en Estados Unidos de América, en JORGE VÉLEZ GARCÍA, *Los dos sistemas del derecho administrativo. Ensayo de derecho público comparado,* Bogotá, 1994, pp. 113 y ss.

centralizada funcionalmente (arts. 142 y 300); a la actuación administrativa (art. 141); a la función pública (Artículos 145 a 149) y su responsabilidad (art. 139); a los bienes públicos (Artículos 12, 181 y 304); a la información administrativa (art. 143); a la contratación administrativa (arts. 150 y 151); a la responsabilidad patrimonial del Estado (art. 140), y al régimen de control de la gestión administrativa, tanto popular (art. 62) como político (art. 66), fiscal (art. 287) y de gestión (art. 315).

3. *La sumisión a la legalidad y el principio de la formación del derecho por grados*

La tercera de las notas clásicas del Estado de derecho que condiciona el derecho administrativo, la cual, incluso, justifica su denominación, es la sumisión de todos los órganos del Estado al derecho o a la legalidad, integrada ésta tanto por la norma suprema que es la Constitución (art. 7.º), como por todas las demás fuentes del ordenamiento jurídico y que se aplican a los diversos órganos del Estado, conforme al clásico principio de la formación del derecho por grados, principios que también han sido analizados (*Introducción general, II*).

En tal sentido, el artículo 137 recoge la clásica fórmula de nuestro constitucionalismo, al establecer que "la Constitución y las leyes definen las atribuciones de los órganos que ejercen el poder público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen"; y en cuanto al principio de la formación del derecho por grados, éste tiene su fundamento en la propia Constitución, al distinguir aquellos actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, cuyo control de constitucionalidad corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como jurisdicción constitucional (art. 336), de los actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución, entre los cuales están los actos administrativos sometidos al control tanto de legalidad como de constitucionalidad por parte de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa (art. 259) y de la jurisdicción contencioso electoral (art. 297). El derecho administrativo, así, es un derecho que si bien se ha constitucionalizado, esencialmente regula actividades del Estado dictadas en ejecución directa e inmediata de la legislación, y sometidas a la ley.

4. *La declaración constitucional de derechos y garantías*

El cuarto de los principios tradicionales condicionantes del derecho administrativo es la declaración constitucional de los derechos y garantías, que ha sido y es el signo común de todos los Estados contemporáneos, tal como se ha analizado (*Introducción general, XI*). Por ello hemos dicho que el derecho administrativo, además de ser un derecho estatal, es también un derecho regulador del ejercicio de los derechos de las personas.

Ahora bien, en esta materia, la Constitución de 1999 se ha incorporado a las corrientes actuales del constitucionalismo universal, al establecer una amplísima declaración de derechos y garantías constitucionales, que sigue la línea de constituciones recientes, como las de Brasil y Colombia.

Lo primero que debe destacarse en esta materia es que, conforme al artículo 2.º C., se declara como valor superior del ordenamiento jurídico del Estado, incluyendo por supuesto el derecho administrativo, y de su actuación, "la preeminencia de los derechos humanos", y conforme al artículo 3.º, se indica entre los fines esenciales del Estado "la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución", recogiéndose, además, el principio tradicional del constitucionalismo de que "la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos" (art. 22).

En la Constitución de 1999, además, no sólo se ha establecido el principio de la progresividad en la interpretación de los derechos (art. 19), y la obligación de los órganos del poder público, incluida por supuesto, la Administración Pública, de respetar y garantizar los derechos humanos conforme a la Constitución, a los tratados sobre derechos humanos y a las leyes que los desarrollen (art. 19); sino que además se le ha dado rango constitucional a los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos suscritos y ratificados por Venezuela, los cuales se declara que prevalecen en el orden interno en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por la Constitución y las leyes (art. 23).

Las normas de la Constitución, en todo caso, en relación con los principios relativos a los derechos humanos conducen a que, en última instancia, estos tienen el alcance que conforme a las normas constitucionales los jueces precisen, lo que no implica novedad alguna. Basta recordar, por ejemplo, la situación en el Reino Unido, donde no hay Constitución, pero, por supuesto, rige el principio de la *rule of law.* Como señalaba DICEY hace más de un siglo, cuando contrastaba el derecho administrativo de Europa continental con la Constitución inglesa: en el Continente, decía, "los derechos individuales resultan, o aparentan resultar de los principios generales de la Constitución", en tanto que en Inglaterra,

Los principios generales de la Constitución (como por ejemplo la libertad personal, el derecho de reunión pública) son el resultado de decisiones judiciales en casos concretos llevados ante los tribunales, determinantes de los derechos individuales de las personas.

De allí concluía:

Las normas que en los países extranjeros forman parte de un Código Constitucional, no son la fuente sino la consecuencia de los derechos individuales, tal como han sido definidos y aplicados por los jueces[9].

Por tanto, los jueces tienen el poder-deber de aplicar la Constitución y asegurar su integridad (art. 334) particularmente en materia de derechos humanos (art. 19). Los jueces nunca han sido meros autómatas o entes pasivos, ni como decía Montesquieu, "nada más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, incapaces de moderar su fuerza y vigor"[10]. Al contrario, los jueces siempre han sido los intérpretes de la Constitución, siempre sometidos a la misma y a la ley, y a sus principios y valores.

5. *Las garantías de la constitución y de los derechos fundamentales, y el control judicial*

En *quinto lugar*, la Constitución venezolana, conforme a la orientación del derecho contemporáneo, también establece todo un sistema de garantías de la misma y de los derechos constitucionales, entre los cuales se destaca un completo sistema de control judicial de las actuaciones del Estado.

En efecto, como se ha indicado en la *Introducción General*, en cuanto a las garantías constitucionales de los derechos y de la Constitución, ésta, además de establecer la reserva legal como principio general y precisar la responsabilidad de los funcionarios públicos por violaciones constitucionales (art. 25), consagra, adicionalmente a la acción de amparo para la protección de los derechos fundamentales (art. 27), todo un completísimo sistema de control difuso y concentrado de la constitucionalidad de las leyes, tanto antes como después de su sanción y publicación (arts. 333 y ss.), que ha sido, históricamente, junto con el

[9] A.V. DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (introd. E.C.S. Wade), London, 1973, pp. 195,196 y 203.

[10] Véase la referencia en H. MCILWAIN, *The High Court of Parliament and its Supremacy,* Yale, 1910, p. 323.

sistema colombiano, uno de los grandes aportes de nuestros países al derecho constitucional comparado[11]. Ello ha conducido a la creación, incluso, de la jurisdicción constitucional atribuida a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (art. 336).

Por otra parte, en cuanto a las garantías, debe destacarse que, como garantía fundamental de los derechos, el artículo 337 C., al regular los casos de estados de excepción, establece la prohibición de la restricción de los derechos a la vida, la prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás "derechos humanos intangibles" que son los regulados en tal forma en la Convención Americana de Derechos Humanos.

En cuanto al amparo, éste se regula como un derecho ciudadano (art. 27) a la supremacía constitucional y a sus derechos[12], que se manifiesta en múltiples acciones, incluyendo la acción de amparo (art. 28), la acción de *habeas corpus* (art. 27) y el *habeas data* (art. 28).

Se ratifica así, en la Constitución, la institución del amparo, con lo cual se ratifica uno de los clásicos principios del constitucionalismo. Recuérdese, por ejemplo, que los jueces angloamericanos, a pesar de que no existe una "acción de amparo", cotidianamente amparan o tutelan los derechos constitucionales mediante los viejos y ordinarios *wrigts,* como el *injunction* o el *mandamus,* al igual que los jueces franceses con los *referés*[13]*,* con tanta o más efectividad que nuestro amparo, y en ello no hay nada extraordinario. Lo importante es que los jueces cumplan con su deber, pues más importante que las leyes es que sean justamente administradas. Como lo decía Lord Denning:

Nada se logra teniendo leyes justas si las mismas son administradas injustamente, por malos jueces o por abogados corruptos. Un país no puede tolerar, por mucho tiempo, un sistema legal que no asegure juicios justos[14].

Pero además de las anteriores garantías judiciales, en particular en relación con las actuaciones de la Administración Pública, la Constitución de 1999, siguiendo el modelo de la de 1961 (art. 206), constitucionalizó la jurisdicción contencioso administrativa, cuyos órganos (Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales que determine la ley) son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa (art. 259). En esta forma, además, el acto administrativo es una noción constitucional en Venezuela.

---

11 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes (Estudio de derecho comparado)", *Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita. Simposio Internacional sobre Derecho del Estado,* t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993, pp. 770 y ss.; e íd., *El sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia y Pontificia Universidad Javeriana, 1995.

12 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "El amparo a los derechos y libertades constitucionales y la acción de tutela a los derechos fundamentales en Colombia: una aproximación comparativa", en MANUEL JOSÉ CEPEDA (ed.). *La carta de derechos. Su interpretación y sus implicaciones,* Bogotá, 1993, pp. 25 y ss.

13 Cfr. ídem., p. 28; JORGE VÉLEZ GARCÍA, *Los dos sistemas del derecho administrativo. Ensayo de derecho público comparado,* cit. pp. 93 y ss. y 321 y ss.

14 Véase la referencia en ALLAN R. BREWER-CARÍAS "La Constitución de 1961 y los problemas del Estado democrático y social de derecho", *Reflexiones sobre la Constitución (Tres décadas de vigencia),* Caracas, Fundación Procuraduría General de la República, 1991, p. 34.

II EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO DEL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL

Pero hemos dicho que el derecho administrativo no sólo es el derecho de un clásico Estado de derecho, caracterizado conforme a los principios y notas antes analizados, sino que también es el derecho de un Estado Democrático y Social, lo que, por supuesto, como principio fundamental, también condiciona la actuación de la Administración Pública, tal como se ha analizado (*Introducción general, X*).

Ello deriva del artículo 2.º que precisa los valores del Estado democrático y social de derecho y de justicia, entre los cuales está "la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo", los cuales tienen que condicionar todo el derecho estatal, incluyendo el derecho administrativo[15].

Esos valores, además, se complementan con la declaración del artículo 3.º C., que señala:

> Son fines esenciales del Estado la defensa y el desarrollo de la persona y el respecto de su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución.
>
> Todos estos fines configuran, como un valor esencial del pacto político, el Estado social que encuentra su concreción individual en la riquísima cláusula igualitaria del artículo 21 C., conforme a la cual "todas las personas son iguales ante la ley", estableciendo, entre otros aspectos, la prohibición de "discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de la persona" (ord. 1º).

Pero el Estado social, sin duda, no sólo es fuente de derechos de las personas, sino ante todo fuente de deberes y obligaciones para el Estado. Por ello, materialmente, al enumerarse los derechos sociales, económicos y culturales a partir del artículo 75 C., en cada uno de los artículos se impone una obligación al Estado de proteger, apoyar, asistir, organizar, dirigir, fomentar, garantizar, promover, regular, ejercer, fortalecer, facilitar e incentivar diversas acciones, actividades o prestaciones de orden social. Los servicios públicos, como actividades prestacionales impuestas al Estado encuentran, en estas normas, su fundamento jurídico esencial.

En dichas normas, en efecto, está la fuente esencial de la normativa que conforma el derecho administrativo, que no sólo es un derecho formal relativo a los actos, contratos y recursos administrativos, sino un derecho material que regula las actuaciones del Estado y sus relaciones con los administrados. En esa normativa, por supuesto, la orientación constitucional es fundamental en cuanto a la finalidad del Estado. No se olvide que lo que caracteriza al derecho administrativo en el panorama jurídico contemporáneo es que regula instituciones de carácter público colocadas por encima de los intereses individuales, que asumen y gestionan intereses colectivos, superiores y generales, que no son, precisamente, la suma de intereses individuales[16].

---

15 Cfr. PELAYO DE PEDRO ROBLES "Los valores superiores en el marco de la Constitución de 1999", en *Ensayos de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca,* vol. I, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 433 a 444.

16 Cfr. A. NIETO, "La vocación del derecho administrativo", cit., p. 890.

De acuerdo con esta normativa, en todo caso, el Estado social tiene un papel ordenador y conformador de la realidad económica y social que debe cumplir con vista a realizar una sociedad justa y solidaria, asumiendo, como se dijo, obligaciones prestacionales frente a los ciudadanos con el carácter de servicios públicos, y ordenando y regulando la realidad económica y social para el logro de sus fines. El Estado, además, constitucionalmente está autorizado a desarrollar actividades económicas mediante la constitución de empresas públicas (art. 300); y en todo caso, tiene constitucionalmente impuesta la obligación de desarrollar una política de ordenación del territorio atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, económicas, políticas, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, que incluya la información, consulta y participación ciudadana, correspondiendo a la ley orgánica desarrollar los principios y criterios para este ordenamiento (art. 128)[17].

Por otra parte, y en especial respecto de la economía, la Constitución prescribe directamente que el régimen socioeconómico de la República se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad; correspondiendo al Estado, conjuntamente con la iniciativa privada, promover el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática, participativa y de consulta abierta (art. 299). A tal fin, la Constitución garantiza el derecho de todas las personas a dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en la propia Constitución y en las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social; y a la vez, prescribe que el Estado debe promover la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país (art. 112).

Además, la Constitución impone al Estado la obligación de promover y proteger las asociaciones destinadas a mejorar la economía popular y alternativa, como las cooperativas, cajas de ahorro y mutuales (art. 118), así como también a la empresa familiar, la microempresa y cualquier otra forma de asociación comunitaria para el trabajo, el ahorro y el consumo, bajo régimen de propiedad colectiva (art. 308).

El derecho administrativo, entonces, debe regular el ejercicio de la actuación del Estado en relación con la economía conforme a esos principios.

III. EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL EQUILIBRIO ENTRE PRERROGATIVAS Y PODERES ESTATALES Y DERECHOS E INTERESES INDIVIDUALES

Todo ese conjunto de normas que establecen los fines del Estado, sin duda, además de imponerle obligaciones de todo orden, incluyendo las prestacionales, le confieren poderes y prerrogativas para poder hacer prevalecer los intereses generales y colectivos frente a los intereses individuales. Pero, por supuesto, éstos no desaparecen, pues también están y de-

[17] Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, *Gaceta Oficial* n.º 3.238 Extra. del 11 de agosto de 1983.

ben ser protegidos y garantizados. Por ello, el derecho administrativo, además de ser el derecho del Estado democrático y social de derecho y el derecho regulador del ejercicio de los derechos de las personas, es el derecho regulador del equilibrio necesario que debe existir entre los intereses públicos, colectivos o generales que debe proteger y garantizar, y los intereses individuales y privados que también debe garantizar. Como lo ha destacado la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia 1028 del 9 de mayo de 2000:

El derecho administrativo se presenta dentro de un Estado social de derecho como el punto de equilibrio entre el poder (entendido éste como el conjunto de atribuciones y potestades que tienen las instituciones y autoridades públicas, dentro del marco de la legalidad), y la libertad (entendida ésta como los derechos y garantías que tiene el ciudadano para convivir en paz, justicia y democracia). En este orden de ideas el derecho administrativo es ante y por sobre todo un derecho democrático y de la democracia, y su manifestación está íntimamente vinculada a la voluntad general (soberanía) de la cual emana. Así, García de Enterría sostiene que la posición del ciudadano no puede ser la de un simple destinatario de la acción administrativa, o un simple instrumento del poder, él está en el origen mismo 1 del poder y en la manifestación constante que de ese poder se haga dentro de una sociedad[18].

No debe olvidarse, por ello, que si algo ha caracterizado al derecho administrativo durante toda su historia es esa ambigüedad básica de su concepción, que a la vez lo muestra como un instrumento para garantizar la acción administrativa y como un instrumento del liberalismo; como un medio para la manifestación de la actividad gubernamental y la prevalencia de los intereses generales y colectivos, y como un medio de protección del administrado frente a la Administración. Por eso, GARRIDO FALLA ha señalado, con razón, que el "derecho administrativo encierra en su seno una oposición aparentemente irreductible que le hace ofrecerse como un hipócrita personaje de doble faz: de una parte, un conjunto de prerrogativas que sitúan a la administración en un plano de desigualdad y favor en sus relaciones con los particulares; de otra parte, la más acabada instrumentación técnica del Estado liberal"[19].

En definitiva, el derecho administrativo siempre se ha explicado por el juego dialéctico de esos dos conceptos contrapuestos: prerrogativa administrativa y garantía del particular, de manera que, como decía Waline, por una parte, se evite el inmovilismo y la impotencia, y por la otra, la tiranía[20].

La Constitución de Venezuela también está imbuida de esta tercera base constitucional, dando cabida a un conjunto de regulaciones para asegurar la relación Administración-administrado, sin el sacrificio o menosprecio de los intereses particulares, a pesar de la prevalencia de los intereses generales o colectivos, regulando las normas de actuación de la Administración y protegiendo los derechos e intereses de las personas.

En este campo se destaca, ante todo, la norma que al regular a la Administración Pública declara que "está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuenta y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho" (art. 141). Estos principios, que "por primera vez en la historia

---

[18] Véase *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 214.

[19] FERNANDO GARRIDO FALLA, "Sobre el derecho administrativo", cit., p. 223.

[20] MARCEL WALINE, *Droit administratif,* París, 1963, p. 4.

constitucional venezolana se elevan a principios de rango constitucional"[21], se complementan con otros contenidos en las normas referidas al Estado federal, que debe estructurarse conforme a "los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad" (art. 4.º).

Sin duda, todos estos principios de actuación del Estado constituyen garantías de los individuos ante el mismo, permitiendo la búsqueda de ese equilibrio entre el poder y el individuo que caracteriza todo el derecho administrativo.

Esas garantías de las personas, además, se concretan en otras normas constitucionales, como la que impone el debido proceso, no sólo en las actuaciones judiciales sino en los procedimientos administrativos (art. 49).

Por otra parte, en este régimen de relaciones entre la Administración y los administrados, la Constitución venezolana incorpora en su texto, imbuyendo toda su normativa, el principio de participación. Así, al gobierno de la República se le define como "participativo" (art. 6.º), consagrándose el derecho ciudadano "de participar libremente en los asuntos públicos" (art. 62), para lo cual "la participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública" es considerada como "el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo" (art. 62). Por ello, la Constitución declara que "es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables" para la práctica de la participación (art. 62).

Dentro de los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, el artículo 70 los define así: *en lo político,* la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos cuyas decisiones serán de carácter vinculante; y en lo *social y económico,* las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas, incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad (art. 70).

En cuanto a los estados y municipios, también se precisa una amplia política de participación mediante la transferencia, en materias de servicios públicos, formulación de políticas, economía, y diversas áreas de gestión, como la penitenciaria (art. 184).

Se destaca, asimismo, como fórmula jurídica para la participación, la regulación de los intereses colectivos y difusos como legitimación para el acceso a la justicia (art. 26), en particular, a la justicia contencioso administrativa (art. 259).

IV. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO QUE REGULA LA ACTUACIÓN DEL ESTADO EN RELACIÓN CON LOS ADMINISTRADOS

La Constitución de 1999, por otra parte, establece las regulaciones fundamentales relativas a la actuación del Estado como gestor del interés general en relación con los particulares o administrados, y en especial, en su actuación administrativa; con lo cual el régimen fundamental del derecho administrativo ha quedado constitucionalizado.

En primer lugar, se destaca el principio constitucional de que "la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas". A tal efecto, se prescribe que la actuación de la Administración Pública "se fundamenta en los principios de honestidad, par-

---

21 Véase sentencia 164 del 19 de diciembre de 2000 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo, *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 249.

ticipación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública"; y además, conforme al principio de la legalidad, es decir, "con sometimiento pleno a la ley y al derecho" (art. 141).

La Constitución, por otra parte, garantiza a los ciudadanos el derecho a ser informados oportuna y verazmente por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. Asimismo, la Constitución garantiza a los ciudadanos el acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a la investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto (art. 143).

Si el Estado está al servicio de los ciudadanos, los funcionarios públicos, a su vez, "están al servicio del Estado y no de parcialidad alguna", razón por la cual, "su nombramiento o remoción no podrán estar determinados por la afiliación u orientación política" (art. 145).

Su régimen debe establecerse por ley, como un estatuto de la función pública, mediante normas sobre el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios de la Administración Pública, debiéndose proveer su incorporación a la seguridad social (art. 144).

La Constitución prescribe, además, que en general los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera; quedando exceptuados sólo los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados, los obreros al servicio de la Administración Pública y los demás que determine la ley. A los efectos de los cargos de carrera, la Constitución exige que el ingreso de los funcionarios públicos a los mismos debe ser por concurso público, fundamentado en principios de honestidad, idoneidad y eficiencia; debiendo el ascenso quedar sometido a métodos científicos basados en el sistema de méritos, y debiendo el traslado, la suspensión o el retiro ser de acuerdo con su desempeño (art. 146).

En cuanto a la actuación de la Administración Pública, la Constitución se refiere a los actos administrativos (art. 259), a los contratos estatales y en especial, a los contratos de interés público (art. 150) y a las concesiones administrativas (art. 113). Nociones claves del derecho administrativo, que han sido constitucionalizadas.

Referente a las potestades de la Administración, las mismas también encuentran su fundamento en la propia Constitución. Así, por ejemplo, en cuanto a la potestad reglamentaria, la misma tiene su fundamento en la Constitución, en las atribuciones del Presidente de la República (art. 236.10), constituyendo los reglamentos actos administrativos de efectos generales.

Por otra parte, en cuanto a la potestad expropiatoria, la misma está establecida en la Constitución, como garantía del derecho de propiedad, de manera que "sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes" (art. 115).

Conforme al artículo 139 C., el ejercicio del poder público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de la Constitución o de la ley; respondiendo patrimonialmente el Estado, además, por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública (art. 140).

Por último, la Constitución misma regula ciertos bienes públicos como dominio público, constitucionalizando por tanto su régimen. Así, se declara que los yacimientos mineros y de hidrocarburos, cualquiera que sea su naturaleza, existentes en el territorio nacional, bajo el lecho del mar territorial, en la zona económica exclusiva y en la plataforma conti-

nental, pertenecen a la República, considerándose como bienes del dominio público y, por tanto, inalienables e imprescriptibles. Igualmente, la Constitución declara a las costas marinas como bienes del dominio público (art. 12). Además, el artículo 304 C. también declara que todas las aguas son bienes de dominio público de la Nación, insustituibles para la vida y el desarrollo, remitiendo a la ley el establecimiento de las disposiciones necesarias a fin de garantizar su protección, aprovechamiento y recuperación, respetando las fases del ciclo hidrológico y los criterios de ordenación del territorio.

V. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Como se puede apreciar de lo antes expuesto, la primera y más importante de las fuentes del derecho administrativo y, por tanto, de la legalidad administrativa, es la Constitución de 1999. De acuerdo a la tradición constitucional que se remonta al primer texto constitucional de la República del 21 de diciembre de 1811 (Constitución Federal para los Estados de Venezuela), la Constitución, tanto en su parte orgánica como en su parte dogmática, contiene una serie de normas que están en la cúspide del ordenamiento jurídico y que son de aplicación directa e inmediata a los funcionarios y ciudadanos[22]. Todos los principios del ordenamiento jurídico administrativo encuentran su fuente y consagración en dicho Texto Fundamental, el cual es la ley suprema del ordenamiento. Así lo establece expresamente el artículo 7.º: "La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico". Por tanto, toda ley, norma o acto está subordinado a la Constitución y no puede haber acto alguno superior a ella (*Introducción general, I*).

Entre las varias características que tiene la Constitución, que la configuran como tal ley suprema, está, en primer lugar, su supremacía, tal como el mismo texto la expresa; en segundo lugar, su rigidez, derivada de su inmodificabilidad sin la participación del pueblo a través de las enmiendas, reformas o de la Asamblea Constituyente; en tercer lugar, su imperatividad, como lo indica el mismo artículo 7º: "Todas las personas y los órganos que ejercen el poder público están sujetos a esta Constitución"; y en cuarto lugar, su carácter de fuente del derecho. Todos estos principios están garantizados en el propio texto constitucional, con la sanción de la nulidad respecto de todo acto contrario a su articulado o a los principios constitucionales.

La importancia que tiene el identificar a la Constitución como fuente del derecho administrativo es que tanto los particulares como las autoridades administrativas, en su actividad, están sometidos directamente a las normas constitucionales, tanto a las que conforman la parte orgánica como a las que configuran la parte dogmática, en particular, las que establecen los derechos y garantías constitucionales, las cuales, por lo demás, son de aplicación directa e inmediata. La consecuencia de ello es que los actos administrativos pueden ser controlados y anulados por los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa cuando violen una norma constitucional, es decir, por inconstitucionalidad que, por supuesto, es una de las formas de contrariedad al derecho de que habla el artículo 259 C. Tan importante es la consideración de la Constitución como fuente del derecho administrativo que incluso, en la hipótesis de que un acto administrativo se dicte fundado en una ley que sea en sí misma inconstitucional, el poder de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa para controlar la conformidad con el derecho (incluida la Constitución) de dichos actos no se detiene, desde el momento en que los jueces de la República pueden ejercer el

---

22 Cfr. NELSON E. RODRÍGUEZ GARCÍA "Breves observaciones sobre el valor normativo de la Constitución y sus reflejos en el Derecho Administrativo", *Ensayos de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca,* vol. II, cit. pp. 489 a 515; AUGUSTO PINO, "Sistemas de las fuentes constitucionales del derecho venezolano", *Libro Homenaje a Rafael Caldera. Estudios sobre la Constitución*, t. I, cit. pp. 113 a 150.

control difuso de la inconstitucionalidad de la ley, conforme a los artículos 334 de la propia Constitución y 20 del CPC., declarando la ley inaplicable al caso concreto y, en consecuencia, anulando el acto administrativo por inconstitucional.

Ahora bien, cuando se indica que una de las fuentes del derecho administrativo -la primera y de carácter supremo- es la Constitución[23], ello significa que los órganos de la Administración Pública deben, ante todo, respetar las normas constitucionales, tanto las que se establecen en los *artículos* del texto, como las que regulan de *principios* constitucionales.

1. *Los artículos de la constitución como fuente del derecho administrativo*

La Constitución, como Ley Suprema de la organización del Estado, por supuesto, contiene una serie de artículos que dentro del marco del derecho constitucional regulan la organización política de la sociedad. Sin embargo, es evidente que al hablar de la Constitución es imposible, desde el ángulo del derecho administrativo, pretender señalar que sólo ciertos de sus artículos conciernen al derecho constitucional y otros se configuran, en cambio, como fuentes del derecho administrativo. Lo cierto, es que, como lo ha señalado por Vedel, es inconcebible que el derecho administrativo se defina con independencia de toda consideración de la Constitución, que es la fuente de todo el ordenamiento jurídico[24]. Como hemos indicado, progresivamente se ha producido un proceso de constitucionalización del derecho administrativo y paralelamente, también, de juridificación del derecho constitucional, que conducen a apreciar a la Constitución, materialmente en la globalidad de su articulado, como la fuente fundamental del derecho administrativo. Ahora bien, entre las normas constitucionales de mayor relevancia como fuente del derecho administrativo están los artículos constitucionales sobre el ejercicio del poder público; los que distribuyen el poder público en forma vertical, configurando la forma federal del Estado; los relativos a la reserva legal; los que consagran los derechos y garantías; los que regulan la actividad de la Administración Pública; los que regulan la Hacienda y las finanzas públicas; y los que establecen el control judicial de la actividad administrativa.

A. *Los artículos constitucionales sobre ejercicio del poder público*

Ante todo, deben considerarse como fuentes directas del derecho administrativo, de primera importancia, las normas del Texto Fundamental que establecen los principios fundamentales relativos al ejercicio del poder público, y que se aplican tanto a los órganos estatales nacionales, estadales y municipales como en ellos, en su caso, a los órganos legislativos, a los órganos judiciales, a los órganos administrativos y a los órganos de control. Están así, expresamente consagrados el principio de legalidad (arts. 137, 141 y 259); el principio de la distribución de funciones y competencias (art. 136); y la sanción, con nulidad, de los actos viciados de incompetencia constitucional (art. 138) o dictados en violación de los derechos y garantías constitucionales (art. 25).

La Constitución consagra, así mismo, el principio de la responsabilidad del Estado (arts. 6.º, 26, 49.8; 141, 165, 311, 313, 319, 322, 326 y 329), y en particular, de la responsabilidad patrimonial del mismo (arts. 140 y 259); así como el principio de la responsabilidad individual de los funcionarios en ejercicio del poder público (arts. 25, 46.4, 49.8, 139, 199, 200, 216, 222, 232, 241, 242, 244, 255, 281.4 y 5, 285.4 y 315).

---

23 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "La Constitución como fuente del derecho administrativo", *Revista de Derecho Público*, n.º 47, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1991, pp. 35 y ss.

24 Cfr. GEORGES VEDEL y PIERRE DEVOLVÉ, *Droit administratif,* t. I, París, 1990, p. 444.

En particular, sobre la Administración Pública, la Constitución establece sus principios de actuación (art. 141), la figura de los institutos autónomos y el control del Estado sobre los entes descentralizados (art. 142) y el régimen de la información administrativa y del derecho de acceso a los documentos oficiales (art. 143). Sobre los funcionarios públicos, la Constitución regula el estatuto de la función pública y régimen de la carrera administrativa (arts. 144 y 146); el sentido del servicio al Estado de los funcionarios, y las prohibiciones de contratación con entes públicos (art. 145); el régimen de las remuneraciones (art. 147) y de las incompatibilidades (art. 148), y la prohibición de aceptación de cargos de naciones extranjeras (art. 149). Sobre los contratos públicos, la Constitución establece las normas básicas de contratación pública (art. 150) y las cláusulas de inmunidad de jurisdicción (art. 151), de carácter ambiental (art. 129) y de temporalidad en las concesiones (arts. 113 y 156.16)

La Constitución establece, asimismo, al regular el régimen de ejercicio del poder público, los principios fundamentales relativos a las relaciones internacionales, a la celebración de tratados o convenios internacionales y a los procesos de integración regional (arts. 152 a 155). Igualmente reguló en forma detallada el régimen de la seguridad y defensa de la Nación y de la Fuerza Armada y de los órganos de seguridad ciudadana (arts. 322 y ss).

Todas las normas constitucionales relativas al poder público, por tanto, tienen carácter de fuentes directas del derecho administrativo, así como las relativas a su distribución vertical y división horizontal del poder público (art. 136).

B. *Los artículos constitucionales sobre distribución del poder público*

En efecto, el Estado venezolano constitucionalmente está estructurado como un Estado federal descentralizado (arts. 4 y 185), lo que implica un sistema de distribución vertical del poder público (art. 136), entre el poder nacional (arts. 156 a 158, y 186 a 298), el poder estadal (arts. 16 y 159 a 167) y el poder municipal (arts. 168 a 184). Cada una de esas ramas del poder público cuyos períodos constitucionales regula el Texto Fundamental en diversas normas (arts. 160, 162, 174, 192 y 230), tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio deben colaborar entre sí en la realización de los fines del Estado (art. 136).

En cada una de esas ramas del poder público, la Constitución establece un sistema de separación orgánica de poderes (o distribución horizontal del poder), entre los órganos legislativos, los órganos ejecutivos y los órganos de control fiscal. En el nivel nacional, además, entre los órganos judiciales, los órganos electorales y algunos órganos de control. Todas las normas sobre esa distribución de competencias son fuentes directas del derecho administrativo. Así están los artículos que a nivel del poder nacional regulan el poder legislativo nacional y la organización y funcionamiento de la Asamblea Nacional (arts. 186 a 224); el poder ejecutivo nacional, y la organización y funcionamiento del Ejecutivo nacional (Presidente y Vicepresidente Ejecutivo de la República, ministros, Procurador General de la República y Consejo de Estado) (arts. 225 a 252); el poder judicial y el sistema de justicia, la organización y funcionamiento del Tribunal Supremo de Justicia y los tribunales (arts. 253 a 272), y la jurisdicción constitucional (arts. 333 a 336); el poder ciudadano, y la organización y funcionamiento del Consejo Moral Republicano, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría general de la República (arts. 273 a 291); y el poder electoral, y la organización y funcionamiento del Consejo Nacional Electoral (arts. 292 a 298).

Entre las normas relativas a la distribución del poder público, deben mencionarse además las concernientes al territorio y a la división política (arts. 16 a 18), y entre ellas las que regulan la capital de la República y el distrito capital (art. 18); los territorios federales (art. 16) y las dependencias federales (art. 17). Igualmente, la regulación de mecanismos institucionales para las relaciones intergubenamentales, a cargo del Consejo Federal de Gobierno (art. 185).

C. *Los artículos constitucionales que consagran la reserva legal*

Pero por supuesto, entre las normas constitucionales relativas a la distribución del poder público tienen especial significación para el derecho administrativo aquellas que establecen la reserva legal, es decir, competencias normativas exclusivas de la ley formal, las que conllevan una limitación al poder reglamentario.

Estas normas están diseminadas a lo largo de la Constitución, y son todas aquellas que remiten expresamente a la ley orgánica o a la ley para la regulación de un asunto. Particularmente, están las normas de organización, pues en general, la Constitución reserva al legislador la potestad organizativa; las normas limitativas o restrictivas de derechos y garantías constitucionales las cuales conforme a la Constitución deben tener siempre rango de ley formal; la creación de impuestos, tasas y contribuciones cuyo establecimiento sólo puede hacerse por ley formal; y el establecimiento de delitos e infracciones y penas y sanciones, lo que se encuentra reservado al legislador.

Todas esas normas constitucionales se configuran como fuentes del derecho administrativo, pues se refieren en alguna forma a la organización administrativa, al funcionamiento de la Administración o al ejercicio de la función administrativa.

D. *Los artículos constitucionales sobre derechos y garantías de las personas*

Pero, aparte de las normas que conforman la parte orgánica de la Constitución, todas aquellas que conforman la parte dogmática y que regulan los derechos y garantías de los habitantes y ciudadanos de Venezuela (arts. 19 y ss.) constituyen la fuente más importante del derecho administrativo. Puede decirse, sin lugar a dudas, que el derecho administrativo, como cuerpo normativo, se traduce, en general, en un conjunto de normas reguladoras de las relaciones que se establecen entre la Administración y los particulares con motivo del régimen de los derechos y deberes constitucionales y del ejercicio por éstos de dichos derechos y libertades, incluyendo el régimen de dichos derechos en situaciones de excepción (arts. 337 a 339). Dicho régimen, por supuesto, es de la reserva legal y solo puede tener su fuente normativa (aparte de la Constitución) en la ley formal.

Se destacan, en *primer lugar*, las regulaciones sobre el estatuto de las personas, relativas a la nacionalidad y ciudadanía (arts. 32 a 42); en segundo lugar, el régimen de los derechos individuales (arts. 19 a 31 y 43 a 61). Estos derechos individuales, que se traducen en la práctica en libertades (libertad personal, seguridad personal, libertad de tránsito, inviolabilidad del hogar doméstico y de la correspondencia, libertad religiosa, libertad de expresión del pensamiento, libertad de asociación, libertad de reunión), traen como consecuencia, generalmente, como contrapartida a cargo de la Administración, un deber general de abstención en cuanto a la limitación de su ejercicio, salvo que la ley lo autorice. La actividad administrativa de policía tendiente a respetar el ejercicio de los recíprocos derechos y libertades por los individuos, y mantener el orden público y social (art. 20), en definitiva, siempre se traduce en una limitación o restricción de tales derechos y libertades establecidas por ley, pero con las debidas garantías (arts. 19 y ss.).

Entre los derechos individuales, además, debe destacarse el derecho a la igualdad (art. 21), el derecho de petición (art. 51) que ha sido fuente primera, en definitiva, del procedimiento administrativo; el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva (art. 26); el derecho al debido proceso y a la defensa (art. 49); el derecho al control judicial de legalidad de la Administración (art. 259), y el derecho de amparo frente a la Administración (art. 27), que conforman garantías fundamentales de los individuos frente a la Administración, y cuya regulación se constituye en una de las piezas fundamentales del derecho administrativo, por ejemplo, al establecerse la nulidad de los actos del poder público que violen o menoscaben dichos derechos (art. 25).

En *segundo lugar*, la Constitución conforme al principio del Estado democrático y social de derecho y de justicia (art. 2.º) establece un largo elenco de derechos sociales y de las familias (arts. 75 a 86), de orden laboral (arts. 87 a 97), de carácter cultural y educativo (arts. 98 a 111), y de los pueblos indígenas (arts. 119 a 126), que se traducen, en el campo legislativo, en una serie de deberes de regulación por parte de la Asamblea Nacional; y en el campo administrativo, en una serie de obligaciones concretas de prestación de servicios públicos, de protección y promoción social (corporaciones, familia, maternidad, infancia), de atención a la salud o de educación.

En *tercer lugar*, están las normas constitucionales que establecen los derechos ambientales (arts. 127 a 129), los cuales también dan lugar a regulaciones de orden administrativo, siendo fuente directa del derecho administrativo.

En *cuarto lugar*, están las normas constitucionales que establecen los derechos económicos (arts. 112 a 118), complementadas con las normas que regulan el sistema socioeconómico (arts. 299 a 310) que no sólo regulan derechos, como el derecho de propiedad y las consecuentes limitaciones impuestas al Estado para extinguirlos (expropiación, confiscación), sino que establecen las bases del sistema económico, con la regulación de la libertad económica, sus limitaciones y los poderes de intervención del Estado; y en particular, la posibilidad para el Estado de no sólo fomentarla, sino restringirla, de manera, incluso, de reservarse determinadas industrias y servicios, con regulaciones específicas sobre la reserva en materia petrolera y sobre Petróleos de Venezuela S. A. (PDVSA) (art. 302 y 303). Las actividades administrativas de fomento y de gestión económica (empresas públicas) encuentran en dichas normas constitucionales su fuente primaria. De allí su importancia como fuentes del derecho administrativo.

Por último, en *quinto lugar*, están las normas relativas a los derechos políticos (arts. 62 a 74), a través de cuyo ejercicio se actualiza el régimen democrático (derecho a la participación política, derecho al sufragio, derecho de asociarse en partidos y organizaciones con fines políticos, derecho a referendos, derecho de manifestación, derecho de asilo), y que dan origen a importantes regulaciones de la actuación de la Administración, para lograr su efectivo ejercicio y garantía.

Aparte de los derechos, por supuesto, están las normas constitucionales que regulan los deberes constitucionales (arts. 130 a 135): a la defensa de la patria, al cumplimiento de la Constitución y las leyes, a prestar servicios civiles, electorales y militares; a la solidaridad social, al trabajo y a la educación; y a contribuir con los gastos públicos. Estos conllevan generalmente poderes a cargo de la Administración para exigir dichos derechos. Dichas normas son la fuente última de dicho régimen, y por tanto, fuente importante del derecho administrativo.

E. *Los artículos constitucionales sobre el régimen fiscal, monetario y de la tributación*

En el texto de la Constitución se regula el régimen fiscal, monetario y de la tributación (arts. 311 a 321), en cuyas normas se dispone sobre los principios fundamentales de gestión fiscal, régimen presupuestario y del crédito público (arts. 311 a 315); el fundamento del sistema tributario e impositivo (arts. 316 y 317), y el régimen relativo al sistema monetario nacional y a la coordinación macroeconómica, con regulaciones fundamentales sobre el Banco Central de Venezuela y su autonomía (arts. 318 a 321). Todas esas normas constituyen fuente primaria del derecho administrativo, al condicionar directamente la actividad administrativa de manejo del sistema fiscal y monetario y de los ingresos y gastos públicos.

F. *Los artículos constitucionales sobre el control judicial de la actividad administrativa*

Mención especial debe hacerse, por último, al hablar de los artículos de la Constitución que deben considerarse como fuente del derecho administrativo, de los artículos del Texto Fundamental que regulan la jurisdicción contencioso administrativa (art. 259) y la jurisdicción contencioso electoral (art. 297), así como las competencias del Tribunal Supremo de Justicia para ejercer el control de legalidad de determinados actos administrativos (art. 266). En esas normas, en definitiva, está la fuente primaria de todo el régimen contencioso administrativo, que es una de las partes fundamentales de nuestra disciplina. Entre las normas constitucionales de control, además, deben mencionarse las que consagran el derecho y acción de amparo (art. 27) y el derecho y acción de *habeas data* (art. 28), que permiten también el ejercicio del derecho de amparo a los derechos y garantías constitucionales frente a los actos, hechos u omisiones de la Administración que lesionan derechos fundamentales, y que se configuran, por tanto, como una importante fuente del derecho administrativo.

Sobre este punto, incluso, debe destacarse la sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa del 30 de enero de 1991, en la cual al derecho de amparo que regulaba el artículo 49 C. de 1961 se le atribuyó un "rango superior" sobre cualquiera otra norma constitucional. En dicha sentencia, en efecto, tratándose de una acción de amparo intentada contra un acto privativo del antiguo Congreso, la Corte señaló:

No puede existir ningún acto estatal que no sea susceptible de ser revisado por vía de amparo, entendiendo ésta, no como una forma de control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos estatales capaz de declarar su nulidad, sino -como se ha dicho- un medio de protección de las libertades públicas cuyo objeto es restablecer su goce o disfrute, cuando alguna persona natural o jurídica, o grupos u organizaciones privadas, amenacen vulnerarlas o las vulneren efectivamente[25].

2. *Los principios constitucionales*

Pero además de las normas constitucionales consagradas expresamente en artículos del Texto Fundamental, también deben entenderse como normas constitucionales y que, por tanto, son fuente del derecho administrativo, los principios establecidos en el Preámbulo de la Constitución, y aquellos que se derivan del Texto Fundamental, aun sin consagración escrita, tanto de su parte orgánica como de su parte dogmática.

A. *Los principios constitucionales del preámbulo*

El Texto Constitucional de 1999 fue dictado por los representantes del pueblo venezolano, con una serie de propósitos que se enumeran y detallan en el Preámbulo de la Constitución, el cual podría considerarse como la base fundamental, el presupuesto que sirve de fundamento a las normas constitucionales, y que señala los valores sociales y económicos, políticos y jurídicos que inspiran la acción del Estado. En palabras de la antigua Corte Suprema de Justicia, "el Preámbulo de la Constitución contiene los "considerandos" o motivos que guiaron al constituyente para decretar una Constitución en los términos como lo hizo, vale decir, configura el propósito que se tuvo en cuenta para tales términos"[26].

---

25 Consultada en original.

26 Véase sentencia del 8 de agosto de 1989 de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, *Revista de Derecho Público*, n.º 39, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1989, p. 102

En el Preámbulo, por tanto, se establecen los objetivos del pacto de organización política que es la Constitución, objetivos que por supuesto son guía de obligatoria conducta para los órganos del Estado. Por tanto, las declaraciones del Preámbulo forman el conjunto de principios y políticas que los órganos del Estado deben necesariamente seguir, a pesar de que los gobiernos tengan diversos signos ideológicos, y que pueden identificarse como objetivos políticos, sociales y económicos, igualitarios, internacionales, democráticos, morales e históricos, conforme a los principios de justicia, libertad, independencia, paz y de imperio de la ley.

Estos objetivos o propósitos constituyen sin duda, los principios constitucionales fundamentales que inspiran el Texto Fundamental y que, como tales gozan de la misma imperatividad, obligatoriedad y rigidez constitucional que las normas contenidas en el articulado de la Constitución. Su violación por un acto estatal, por ello, podría dar lugar a una acción de inconstitucionalidad o de nulidad por contrariedad al derecho[27].

B. *Los principios constitucionales enumerados en el texto fundamental*

La Constitución de 1999, además de contener artículos con normas sustantivas, enumera en muchos de ellos principios constitucionales que, por supuesto, constituyen normas constitucionales y que son además fuentes del derecho administrativo. Se destacan, así, los valores fundamentales de la República: libertad, igualdad, justicia y paz internacional, así como los derechos irrenunciables de la Nación: la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional (art. 1.º); los valores superiores del ordenamiento jurídico y de la actuación del Estado: la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político (art. 2.º); los fines esenciales del Estado: la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución, considerándose a la educación y al trabajo como procesos fundamentales para alcanzar dichos fines (art. 3.º); los principios del Estado federal descentralizado: integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad (art. 4.º); los principios del gobierno de la República y de sus entidades políticas: democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista, y de mandatos revocables (art. 6.º); los principios de la política fronteriza: la integridad territorial, la soberanía, la seguridad, la defensa, la identidad nacional, la diversidad y el ambiente (art. 15); los principios relativos a la justicia que el Estado debe garantizar: justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles (art. 26); a cuyo efecto las leyes procesales deben establecer la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptar un procedimiento breve, oral y público, sin sacrificarse la justicia por la omisión de formalidades no esenciales (art. 257); los principios del sistema público nacional de salud: de carácter intersectorial, descentralizado y participativo, integrado al sistema de seguridad social, y regido por los principios de gratuidad, universalidad, integralidad, equidad, integración social y solidaridad (art. 84); los principios que deben regir el sistema de seguridad social que debe ser universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o

---

[27] Sobre el Preámbulo de la Constitución de 1961, cfr. Allan R. Brewer-Carías, "El Preámbulo de la Constitución", *Revista de Derecho Público,* n.º 45, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1991, pp. 31 y ss.

indirectas (art. 86); los principios relativos a la educación, que debe ser democrática, gratuita y obligatoria, así como al servicio público de la educación fundamentado en el respeto a todas las corrientes del pensamiento, con la finalidad de desarrollar el potencial creativo de cada ser humano y el pleno ejercicio de su personalidad en una sociedad democrática basada en la valoración ética del trabajo y en la participación activa, consciente y solidaria en los procesos de transformación social, consustanciados con los valores de la identidad nacional y con una visión latinoamericana y universal (art. 102); los principios en los cuales se fundamenta la Administración Pública que está al servicio de los ciudadanos: honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho (art. 141); los principios de la legislación nacional que se dicte (leyes de base) en materias de competencia concurrente: interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad (art. 165); los principios que deben orientar el contenido de los convenios mediante los cuales los estados y los municipios descentralicen y transfieran servicios a las comunidades y grupos vecinales organizados: interdependencia, coordinación, cooperación y corresponsabilidad (art. 184.1); los principios relativos a la actividad de la Defensoría del Pueblo: gratuidad, accesibilidad, celeridad, informalidad e impulso de oficio (art. 283); los principios que los órganos del poder electoral deben garantizar respecto de los procesos electorales: la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia, así como la aplicación de la personalización del sufragio y la representación proporcional (art. 293); los principios en los que se fundamenta el régimen socioeconómico de la República: justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral, una existencia digna y provechosa para la colectividad, generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática, participativa y de consulta abierta (art. 299); los principios que deben regir la gestión fiscal: eficiencia, solvencia, transparencia, responsabilidad y equilibrio fiscal (art. 311); los principios del sistema tributario: la progresividad, la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población (art. 316); los principios de funcionamiento del fondo de estabilidad macroeconómica: la eficiencia, la equidad y la no discriminación entre las entidades públicas que aporten recursos al mismo (art. 321); los principios de la seguridad de la Nación: independencia, democracia, igualdad, paz, libertad, justicia, solidaridad, promoción y conservación ambiental, afirmación de los derechos humanos, y satisfacción progresiva de las necesidades individuales y colectivas de los venezolanos (art. 326).

C. *Los principios constitucionales que derivan del Texto Fundamental*

Además de los principios expresamente enumerados en la Constitución, también se pueden identificar como tales los que derivan del texto de la misma, tanto de su parte orgánica como de su parte dogmática, muchos de los cuales han venido siendo identificados por el Supremo Tribunal, en su carácter de juez constitucional y juez contencioso administrativo.

En cuanto a la parte orgánica, por ejemplo, se destacan los principios que derivan de la autonomía propia de la descentralización político territorial o distribución vertical del poder público que contiene la Constitución. Así, el hecho de que el artículo 168 C. establezca expresamente el principio de que "los actos de los municipios no podrán ser impugnados sino por ante los tribunales competentes, de conformidad con esta Constitución y la ley", como una consecuencia de la autonomía municipal, no implica que esa garantía sea solo propia de la autonomía municipal, y no exista respecto de la autonomía de los

estados. Al contrario, aun cuando sin consagración expresa, derivado del principio de la autonomía de los estados (art. 159), los actos de estas entidades sólo pueden ser impugnados por ante los órganos jurisdiccionales y no están sometidos a control por los órganos ejecutivos o legislativos nacionales.

En cuanto a la parte dogmática, sobre derechos y garantías, es la propia Constitución la que establece el principio de que "la enumeración de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella", por lo que "la falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos" (art. 22). Por tanto, los derechos constitucionales inherentes a la persona humana deben construirse con base en principios constitucionales, tal como sucedió en el pasado, por ejemplo, con el derecho a la defensa, que si bien sólo se regulaba en materia judicial (en todo estado y grado del proceso, decía el art. 68 C. de 1961), la jurisprudencia lo fue extendiendo al campo del procedimiento administrativo (lo cual se recogió expresamente en el art. 49 C. de 1999); y la garantía de la reserva legal en materia de delitos e infracciones y de penas y sanciones, que si bien la Constitución de 1961 la había consagrado respecto de medidas privativas de la libertad, particularmente en materia penal (art. 60.2), la jurisprudencia la fue extendiendo al régimen de infracciones y sanciones administrativas, lo que se ha acogido expresamente en la Constitución de 1999 (art. 49.6).

Estos principios, por tanto, en materia de derecho administrativo, se constituyen en fuentes de primera importancia de nuestra disciplina.

Como se puede apreciar de los principios y normas constitucionales antes referidos, las instituciones fundamentales del derecho administrativo en Venezuela pueden decirse que se encuentran constitucionalizadas, de manera que la fuente fundamental de nuestra disciplina es la Constitución misma. Las normas constitucionales, en tal sentido, tienen aplicación directa e inmediata, siendo fuente de competencias para los órganos del Estado y para el ejercicio de los derechos ciudadanos, los cuales no requieren de desarrollo legislativo para ello. Esto no significa, sin embargo, que la actuación de la Administración, aun aplicando las normas constitucionales, sea una actuación de ejecución directa e inmediata de la Constitución, pues la misma por esencia es regulada y regulable mediante la legislación. Por ello, la actividad administrativa siempre es de carácter sublegal, de ejecución directa e inmediata de la legislación, y sólo indirecta y mediata de la Constitución, así no se haya dictado la ley requerida.

§ 3. El proceso de huida y de recuperación del derecho administrativo

El derecho administrativo, como derecho de la Administración Pública, es el derecho que le es común, peculiar y normal; sin embargo, evidentemente, ello no significa ni ha significado jamás que sea un derecho exclusivo de la Administración Pública y excluyente de otras ramas que le puedan ser aplicadas.

No es exclusivo pues, por supuesto, el derecho administrativo es comúnmente aplicable a los particulares, al punto de que en muchos casos es el que preponderantemente se aplica a los individuos desde que nacen hasta que mueren. Y no es excluyente, porque el derecho administrativo no es el único derecho aplicable a la Administración Pública. Esta, en todos los campos antes señalados que conforman el objeto del derecho administrativo, también se rige por el derecho privado -el cual, por supuesto, está en la génesis de tantas instituciones del derecho administrativo[1]-, unas veces más, otras veces menos, dependiendo de las épocas históricas y de las políticas públicas; y que siempre conforman el derecho supletorio ante la ausencia de principios generales del propio derecho administrativo.

En todo caso, siempre ha habido una interaplicación del derecho administrativo y del derecho privado a la Administración Pública; pero el problema, siempre, ha sido el determinar las fronteras y la intensidad de su respectiva aplicación. En otros términos, el tema tradicional de discusión en el derecho administrativo ha sido el establecer cuáles son los campos de regulación que sólo pertenecen al derecho administrativo, si es que los hay; y hasta qué punto la aplicación del derecho privado a la Administración Pública constituye realmente una huida de esta del derecho administrativo[2], que incluso se ha considerado como inconstitucional[3].

En efecto, no hay que olvidar que el derecho administrativo, como derecho aplicable a la Administración, como antes se ha analizado, tiene rango constitucional, pues, en definitiva, el fundamento de todas sus instituciones está en el propio Texto Constitucional. Por ejemplo, en materia de organización administrativa, en el mismo se regulan los principios de la organización central y ministerial (arts. 141, 142 y 236.20); las personas de derecho público territoriales y no territoriales (arts. 145 y 322); los institutos autónomos (art. 142) y

---

1 Cfr. SEBASTIÁN MARTÍN RETORTILLO BAQUER, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones,* Madrid, 1996.

2 Cfr. en general, en la doctrina española, CARMEN CHINCHILLA, BLANCA LOZANO y SILVIA DEL SAZ, *Nuevas perspectivas del derecho administrativo. Tres Estudios,* Madrid, 1992; MARÍA NIEVES DE LA SERNA BILBAO, *La privatización en España. Fundamentos constitucionales y comentarios,* Madrid, 1995, pp. 95 y ss.; LUCIANO PAREJO ALFONSO, *Eficacia y Administración. Tres Estudios,* Madrid, 1995; SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho administrativo privado,* Madrid, 1996; SILVIA DEL SAZ, "La huida del derecho administrativo: Últimas manifestaciones. Aplausos y críticas", *Revista de Administración Pública,* n.º 133, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 57 y ss.; I. BORRAJO INIESTA "El intento de huir del derecho administrativo", *Revista Española de Derecho Administrativo,* n.º 78, Madrid, Ed. Civitas, pp. 233 y ss.; JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ, "La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública,* n.º 136, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 201 y ss.

3 Cfr. SILVIA DEL SAZ, "Desarrollo y crisis del derecho administrativo. Su reserva constitucional", en CARMEN CHINCHILLA, BLANCA LOZANO y SILVIA DEL SAZ, *Nuevas perspectivas del derecho administrativo*, cit., pp. 172 y ss.

las empresas del Estado (art. 300). En materia de funcionarios públicos se prevé expresamente el estatuto de los mismos (arts. 144 a 149). En materia de formas de la actividad administrativa se establecen los principios de la policía administrativa (arts. 20, 156.6, 164.6 y 178,), de los servicios públicos (arts. 84, 86, 102, 103, 113, 156.29, 164.7, 178, 196.6, 281 y 259) y el fomento (arts. 306 y ss), y la ordenación de las actividades particulares (arts. 112 y 128). En cuanto a la actividad administrativa se establecen principios sobre los actos administrativos (arts. 259 y 266.5) y los contratos de la administración (arts. 113, 150 y 151); y sobre la responsabilidad administrativa (arts. 25, 49.8, 139, 140 y 255) y sobre el control fiscal (art. 287). En cuanto a la jurisdicción contencioso administrativa la misma se ha constitucionalizado (art. 259) al igual que la jurisdicción contencioso electoral (art. 297). En esta forma, como consecuencia de la constitucionalización del derecho administrativo, toda regulación que signifique huida del derecho administrativo y que contraríe las normas indicadas sería inconstitucional. Así se ha considerado, por ejemplo, en los casos de exclusión del estatuto de los funcionarios públicos y aplicación de la Ley Orgánica del Trabajo respecto de funcionarios de un instituto autónomo[4].

En loas últimas décadas, este tema ha estado en el centro de la polémica de nuestra disciplina en todo el mundo, particularmente como consecuencia de los procesos de desregulación, desburocratización y privatización que han constituido el signo del Estado de nuestro tiempo, una vez que el Estado social al entrar en crisis en las últimas décadas en todo el mundo occidental, tuvo que acudir al auxilio de la sociedad para la generación de riqueza, y mediante la inversión privada, lograr la multiplicación del empleo. Por supuesto, ello con las excepciones derivadas del estatismo exacerbado que en algunos casos aislados todavía provoca, por ejemplo, la relación Estado rico-país pobre, que ha caracterizado a ciertos “Estados petroleros” conducidos por el populismo desenfrenado[5].

Nuestra intención, en parágrafo, es hacer algunas reflexiones sobre este tema de la huida y recuperación del derecho administrativo, conforme se ha venido planteando en la doctrina del derecho administrativo y las respuestas diversas que se han venido dando, caso a caso, en el derecho venezolano, en varios aspectos de los grandes bloques de regulación propios del derecho administrativo.

I. LA HUIDA DEL RÉGIMEN GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

El primer elemento que debemos retener en la evolución de la organización administrativa, sin duda, es el del abandono progresivo de las formas clásicas de la Administración Pública, por supuesto, para huir de su régimen jurídico -el de la Administración central del Estado- y que como fenómeno mundial condujo, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, a la aparición de las empresas públicas[6]. Antes, habían surgido los institutos autónomos, cuya razón fue dar más flexibilidad y autonomía a la realización de los cometidos estatales, dotando de personalidad jurídica de derecho público a determinados patrimonios

---

4 Véase el voto salvado de GUSTAVO URDANETA T. y ALEXIS PINTO D. a la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 31 de mayo de 1993, caso Ipostel, *Revista de Derecho Público*, n.º 53 y 54, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1993, p. 419.

5 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, “Discurso de instalación, Reflexiones sobre el Estado rico y el país pobre”, *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías 2004*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 3 Noviembre 2004, en www.allanbrewercarias.com (Conferencias 2004).

6 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Las empresas públicas en el derecho comparado,* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1967.

afectados a un fin de utilidad pública, generalmente de carácter económico, industrial o comercial, o de carácter social[7]. Fue la primera forma de ruptura del principio de la unidad del Tesoro que se inició en nuestro país en los años veinte[8].

El instituto autónomo fue, así, el paradigma de la Administración descentralizada, hasta que el ingreso petrolero llevó al Estado venezolano a intervenir directamente en la economía, sin ningún principio de subsidiaridad que lo limitara, proliferando en nuestro medio, empresas del Estado de toda índole y actividad[9].

Tanto los institutos autónomos como las empresas del Estado han sido figuras organizativas propias del derecho administrativo, pero, por supuesto, por la forma jurídica adoptada, se hizo presente, sobre todo en las últimas, el derecho privado. Si para constituirlas se optó por la forma jurídica societaria del derecho mercantil, este comenzó a aplicárseles en toda su integridad, pero sin desplazar al derecho administrativo. La situación, aquí, ha sido de preponderancia en la aplicación del derecho privado para escapar de la rigidez de la organización administrativa clásica, pero paralelamente a ello el derecho administrativo ha venido penetrando y recuperando su campo de actuación.

Así, en las regulaciones más generales surgió el concepto de "sector público", de manera que, por ejemplo, para el régimen presupuestario y de crédito público[10], por más sociedades anónimas de derecho privado que sean, las empresas del Estado fueron abarcadas por dicho régimen quedando precisamente amarradas al sector público, es decir, a los entes estatales. De allí, incluso, la propia denominación de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público[11].

Lo mismo sucedió con el concepto de patrimonio público, de manera que la descentralización funcional con forma societaria no produjera una huida respecto a los controles y régimen de la gestión, responsabilidad y salvaguarda del patrimonio público. Así, las empresas del Estado, a los efectos de la Ley contra la Corrupción[12] y de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República[13], están todas en el mismo régimen, igual que la más clásica Administración central. Por ello, más que una huida del derecho administrativo, en este campo hemos venido presenciando un aseguramiento, más que recuperación, de áreas perdidas, aun cuando no necesariamente para bien en cuanto a la flexibilidad que exigen algunas áreas de la gestión pública.

Menos conveniente ha sido, por otra parte, el uso de la tradicional figura del instituto autónomo para personificar actividades que nada tienen que ver con áreas de carácter económico o social y que constituyen las más clásicas funciones del Estado, como sucedió en 1993 con el Consejo Nacional Electoral[14], un auténtico disparate jurídico administrativo.

---

7 Cfr. Jesús Caballero Ortiz, *Los institutos autónomos,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1995

8 Cfr. Allan R. Brewer-Carías, "50 años en la evolución institucional de Venezuela 1926-1976", en Ramón J. Velásquez et ál., *Venezuela moderna. Medio siglo de historia 1926-1976*, Caracas, Fundación Mendoza, 1979, p. 670.

9 Cfr. Jesús Caballero Ortiz, *Las empresas públicas en el derecho venezolano,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1982.

10 Por ejemplo, art. 1.º, de la derogada Ley Orgánica de Régimen Presupuestario, *Gaceta Oficial* n.º 4.718, Extra. del 26 de abril de 1994; y art. 2.º, de la derogada Ley Orgánica de Crédito Público, *Gaceta Oficial* n.º 35.007 del 26 de octubre de 1992.

11 Véase Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, *Gaceta Oficial* n.º 38.198 del 31 de mayo de 2005

12 Art. 4.10. *Gaceta Oficial* n.º 5.637 Extra. del 07 de abril de 2003.

13 Art. 9.10. *Gaceta Oficial* n.º 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

14 Art. 38. Ley Orgánica del Sufragio, *Gaceta Oficial* n.º 4.918 Extra. del 2 de junio de 1995.

Igualmente ha sucedido con la atribución a la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras del carácter de instituto autónomo[15], y a la Comisión Nacional de Valores de personalidad jurídica y patrimonio propio[16].

En todo caso, en cuanto a la forma jurídica de derecho privado de carácter societario atribuida a ciertos entes públicos, no debe dejarse de mencionar el caso del Banco Central de Venezuela, persona de derecho público institucional, originalmente de carácter asociativo y, en todo caso, con forma de sociedad anónima y que tiene un régimen jurídico mixto como lo ha reafirmado la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia[17].

Dicho régimen, por supuesto, es preponderantemente de derecho público ya que se trata del instituto emisor y regulador del crédito y de la moneda, al cual, por su forma jurídica, también se le aplica el derecho mercantil. A pesar de ello, sin embargo, la propia antigua Corte Suprema de Justicia en una desafortunada sentencia de la Sala Político Administrativa del 18 de julio de 1985, en un intento de expulsión más que de huida del derecho administrativo, llegó a interpretar lo contrario, es decir, que el instituto emisor era una "persona de derecho privado" que se regía casi exclusivamente por el derecho privado, al punto de considerar que el decreto presidencial de nombramiento del propio presidente del instituto, que además de emisor es contralor del crédito en general y de la estabilidad monetaria, no era un acto administrativo, sino un simple acto societario, y por tanto no susceptible de control por la jurisdicción contencioso administrativa[18].

En las últimas décadas, y particularmente a partir de 1961, cuando la creación de institutos autónomos por parte de los órganos del poder ejecutivo se hizo más difícil por la exigencia constitucional de que su creación sólo se podía hacer mediante ley especial en cada caso[19], comenzó a proliferar el uso de otras formas jurídicas de derecho privado distintas de las societarias para la gestión descentralizada de actividades públicas, particularmente de orden social y administrativo. Se crearon así multitud de asociaciones civiles del Estado, y de fundaciones del Estado, en cuya constitución, dirección y financiamiento en algunos casos también participaban particulares.

Si bien las mismas no ejercen, en general, poder público, pues en relación con ellas no se produce una transferencia de potestades por ley; sí han abarcado un amplísimo campo de la gestión social del Estado que provocó, sin duda, una huida de las mismas del derecho administrativo. La reacción, en todo caso, no se hizo esperar mucho y, al igual que sucedió con las empresas del Estado, no sólo se incorporaron las asociaciones civiles y fundaciones del Estado en la enumeración legal de los entes que conforman el sector público[20] y de los

---

15 Art. 213. *Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras* (decreto ley n.º 1.526), *Gaceta Oficial* n.º 5.555 Extra. del 13 de noviembre de 2001.

16 Art. 2. Ley de Mercado de Capitales del 22 de octubre de 1998, *Gaceta Oficial* n.º 36.565 del 22 de octubre de 1998.

17 Art. 318 C. La antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, señaló con toda precisión, que "El Banco Central de Venezuela es un establecimiento público asociativo, creado por ley, que forma parte de la Administración descentralizada, y el cual se encuentra sometido a un régimen jurídico mixto, configurado tanto por normas de derecho público como de derecho privado"; sentencia 985 del 10 de noviembre de 1994, caso Seguros Saint Paul de Venezuela S.A. *vs*. BCV (consultada en original).

18 Véase sentencia del 18 de julio de 1985, caso Leopoldo Díaz Bruzual, *Revista de Derecho Público,* n.º 24, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1985, pp. 103 a 108. Véanse los comentarios críticos que hemos formulado a esa sentencia en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Estado de derecho y control judicial,* cit. pp. 489 y ss.

19 Art. 230 C. 1961; art. 142 C. 1999.

20 Por ejemplo, en el artículo 1.º de la derogada Ley Orgánica de Régimen Presupuestario, y en el artículo 2.º de la derogada Ley Orgánica de Crédito Público. Véanse artículo 6.10 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, *Gaceta Oficial* n.º 38.198 del 31 de mayo de 2005

que conforman el patrimonio público[21], sino que incluso, en 1985, fueron objeto de una regulación legal especial -que no abarcó a las empresas del Estado- dictada mediante decreto ley[22], cuyo objetivo fue integrar definitivamente al sector público a dichos entes, mediante el establecimiento de estrictos medios de control. En dicha normativa se consideró como parte de los entes estatales no sólo a las fundaciones creadas o dirigidas por estos, o en las cuales hubiesen aportado más del 50% de su patrimonio, sino aquellas de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para el Estado. Frente a la huida o, más precisamente, frente al escurrimiento desenfrenado de entes y actividades del campo del derecho administrativo, se establecieron las compuertas necesarias e, incluso, se recuperó lo que se había desparramado. A partir de 2001, en todo caso, mediante la Ley Orgánica de la Administración Central[23] se estableció una regulación general y uniforme sobre todos los entes que conforman la Administración descentralizada funcionalmente, con formas de derecho público (instituto autónomo) y con formas de derecho privado (asociaciones civiles del Estado, empresas del Estado y fundaciones del Estado).

Por tanto, a pesar de que los entes descentralizados del Estado se hayan creado con formas jurídicas de derecho privado con el objeto de que se sometan a un régimen jurídico más flexible propio del derecho privado, el derecho público siempre les resulta aplicable particularmente cuando se dicta una normativa legal integradora que regule a dichos entes en forma similar que a los de derecho público[24].

Además, en muchos casos, en el ámbito local, fue la antigua Corte Suprema la que puso remedio a la pretendida creación de fundaciones por entes públicos, como personas jurídicas de derecho privado fuera del ámbito del derecho administrativo; cuando en realidad eran institutos autónomos por la forma de creación por ley y la transferencia a las mismas de ciertas potestades propias del ejercicio del poder público. La antigua Corte Suprema, en este sentido, señaló que no basta con asignarle a un ente una "forma jurídica" de derecho privado para que lo sea, por lo que el velo de las mismas debe levantarse cuando la regulación concreta de la entidad y los poderes que se le transfieren evidencien un ente público institucional[25].

Por último, en la organización administrativa, dada la rigidez que existía en la legislación, hasta mitades de la década de los setenta, para romper el principio de la unidad del Tesoro que sólo se admitía con la creación de institutos autónomos, en el Plan de Reforma

---

[21] Artículo 4.º de la derogada Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. Véase artículo 4.11, Ley Orgánica contra la Corrupción, *Gaceta Oficial* n.º 5.637 Extra. del 7 de abril de 2003.

[22] Véase el derogado decreto ley n.º 677 del 21 de junio de 1985 sobre Normas sobre las Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado y el Control de los Aportes Públicos a Instituciones Privadas similares, *Gaceta Oficial* n.º 3.574, Extra. del 21 de junio de 1985.

[23] Artículos 95 y ss. *Gaceta Oficial* n.º 37.305 del 17 de octubre de 2001.

[24] En tal sentido, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 6 de agosto de 1996, caso Consorcio Hidroeléctrico Caroní *vs.* CVG Edelca, señaló "Es conocido que cuando el Estado crea administraciones descentralizadas con formas jurídicas privadas, como son las sociedades civiles o mercantiles propiedad del Estado o Empresas del Estado, es con el evidente propósito de someterlas a un régimen jurídico más flexible que el aplicable a las administraciones con formas jurídicas de derecho público. Esto trae como obligada consecuencia que sus actuaciones deben ser consideradas como actos de naturaleza privada, sujetos por tanto al derecho común. Sólo sería aplicable al derecho público cuando una determinada normativa integradora de esa rama jurídica incluya dentro de su ámbito de aplicación a las organizaciones administrativas con formas jurídicas de derecho privado, las cuales, a los efectos específicos de esa normativa, quedarían en la misma situación que las organizaciones administrativas con formas jurídicas de derecho público" (consultada en original).

[25] Véase sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa del 15 de julio de 1992, caso Arquímedes Fajardo (consultada en original)

Administrativa de 1972[26] –cuyos lineamientos generales guiaron todas las transformaciones ocurridas en los lustros posteriores– se propuso la creación de la figura de los patrimonios o servicios autónomos sin personalidad jurídica, como un mecanismo para evitar acudir a la forma de la fundación o asociación civil para la gestión más flexible de una actividad pública que permitiera la percepción de ingresos para afectarlos a sus propios gastos, lo cual luego fue establecido a partir de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario de 1974[27]. En esta forma, se frenó el proceso de huida del derecho administrativo en la organización destinada a atender muchas actividades públicas, dotándose la gestión de las mismas de la autonomía necesaria, pero sin dejar de estar integradas a la propia Administración central del Estado. La proliferación de los servicios autónomos sin personalidad jurídica en los últimos lustros –lo que incluso fue motivo para su reglamentación general[28]–, sin duda, ha sido un definitivo freno a la posible huida de sectores de la Administración Pública al derecho administrativo, habiéndose previsto, en la regulación de estos servicios, regímenes especiales de la función pública con mayor autonomía de manejo que los propios institutos autónomos, sobre todo en materia de contratación de personal. Así ha sucedido particularmente con el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), originalmente establecido mediante decreto[29] y regulado por ley especial a partir de 2001[30].

Una última reflexión sobre el tema de la organización administrativa, en particular, de la Administración descentralizada con forma de sociedad anónima. Dijimos que la proliferación de empresas públicas en nuestro país, más que por motivaciones ideológicas que conformaron una política de intervención activa del Estado en la economía, se produjo por la particular circunstancia de la estructura de la economía venezolana dependiente de la industria petrolera. Venezuela es un país petrolero y como conforme a las regulaciones de las Ordenanzas de Minería de Nueva España que el Libertador puso en vigencia desde 1821, el Estado es el dueño del subsuelo –y así lo ha seguido siendo en toda la historia republicana de Venezuela[31]–; tenemos un Estado petrolero que ha sido inmensamente rico y poderoso; en general el principal inversionista, financista, empleador e industrial. Por ello, el sector público en Venezuela ha llegado a tener un porcentaje mucho mayor en la economía que el que tuvieron algunos de los antiguos países socialistas, lo cual se acrecentó con la nacionalización, en 1975, de las industrias de gas natural, de la extracción de mineral de hierro y de los hidrocarburos[32].

---

26 Cfr. *Informe sobre la Reforma de Administración Pública Nacional,* vol. I, Caracas, Comisión de Administración Pública, 1972, p. 362 y ss.

27 Artículo 16.5 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Presupuestario.

28 Cfr. el Reglamento de los servicios autónomos sin personalidad jurídica, decreto 1.921 del 31 de octubre de 1991, *Gaceta Oficial* n.º 34.836 del 7 de noviembre de 1991.

29 Cfr. p. ej., el artículo 226 del Código Orgánico Tributario en *Gaceta Oficial* n.º 4.727, Extra. del 27 de mayo de 1994; el Decreto n.º 310 del 10 de agosto de 1994 de creación del Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria, *Gaceta Oficial* n.º 35.525 del 16 de agosto de 1994 y el Decreto n.º 364 del 28 de septiembre de 1994 que estableció el Estatuto del Sistema Profesional de Recursos Humanos del SENIAT, *Gaceta Oficial* n.º 35.558 del 28 de septiembre de 1994.

30 Cfr. Ley del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, *Gaceta Oficial* n.º 37.320 del 8 de noviembre de 2001

31 Así lo ratifica el artículo 12 de la C. de 1999 que declara a los yacimientos mineros y de hidrocarburos como bienes del dominio público, inalienables e imprescriptibles.

32 Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Natural, *Gaceta Oficial* n.º 29.594 del 26 de agosto de 1991; decreto ley n.º 580 del 26 de noviembre de 1974 que reserva al Estado la Industria de Explotación del Hierro,

Ese Estado y esa economía pública, por la deuda pública incontrolada y el deterioro financiero derivado de las fluctuaciones históricas del ingreso petrolero, han entrado en la misma crisis que afectó a los países del mundo occidental a partir, justamente, del aumento del precio del petróleo en la década de los setenta. Con una motivación contraria, la misma política de privatización que ha sido característica de los países europeos, en las últimas décadas resultó indispensable en Venezuela, y en ello se empeñó el sector público, aun cuando, lamentablemente, con una conducción errática de parte de quienes han controlado el poder.

La privatización, en todo caso, fue una decisión política adoptada conforme a la Constitución, de ejercicio por parte del Estado de sus derechos de propietario de disponer de sus bienes, para lo cual se dictó la Ley de Privatización que, de nuevo, al definir su ámbito de aplicación incluye expresamente a todo el sector público en el cual se enumeran, además de la Administración central, los institutos autónomos, las empresas del Estado en dos niveles y las fundaciones y asociaciones civiles del Estado[33]. No hubo en el proceso de privatización, en realidad, ninguna huida de la Administración del derecho administrativo, sino una devolución al sector privado de actividades que le serían propias mediante una reducción del sector público[34]. Ello, incluso, originó marcos regulatorios que por la realización directa de las actividades por parte del Estado no se habían dictado para ordenarlas, tal como ha sucedido en materia de telecomunicaciones y de servicios eléctricos[35]. Por tanto, lejos de debilitar al Estado, la privatización podría fortalecer su función ordenadora descuidada hasta ahora.

Sin embargo, debe advertirse que el proceso de privatización sólo está legalmente destinado a transferir al sector privado actividades económicas productivas e industriales, que el Estado fue asumiendo, por lo que debe denunciarse la privatización fáctica de actividades esenciales del Estado –ajenas al sector privado– que comenzó a aparecer como producto de una especie de fiebre privatizadora. Así, por ejemplo, no es posible legalmente que la Administración Pública contrate a auditores particulares para la revisión fiscal de los contribuyentes, y que ello sirva de base para la formulación de reparos, como había sucedido con frecuencia a nivel municipal[36]; y tampoco es posible que se generalice la representación judicial y extra judicial de la República, que corresponde a la Procuraduría General de la República, a través de abogados que no son funcionarios públicos[37]. Estos procesos a lo que han tendido, es a convertir a la Administración tributaria o a la Procuraduría General de la República en agencias de empleo de particulares para el cumplimiento de funciones públi-

Gaceta Oficial n.º 30.577 del 16 de diciembre de 1974; y la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, *Gaceta Oficial* n.º 1.769 Extra. del 29 de agosto de 1975.

33 Artículo 2.º de la Ley de Privatización, *Gaceta Oficial* n.º 4.929 Extra. del 30 de junio de 1995.

34 La Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha considerado a dicha Ley como ajustada a la Constitución. Véase sentencia 117 del 6 de febrero de 2001, *Revista de Derecho Público,* n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 212 y ss. Véanse los comentarios a dicha sentencias en José Ignacio Hernández, "Constitución económica y privatización (Comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional del 6 de febrero de 2001)", *Revista de Derecho Constitucional,* n.º 5, Caracas, Edit. Sherwood, 2001, pp. 327 a 342.

35 La Comisión Nacional de Telecomunicaciones fue creada por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, *Gaceta Oficial* n.º 36.970 del 12 de junio de 2000; y la Comisión Nacional de Energía Eléctrica fue creada por la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, Ley n.º 78, *Gaceta Oficial* n.º 5.568, Extra. del 31 de diciembre de 2001.

36 Por ello, en la Ley Orgánica del Poder Municipal de 2005 se ha dispuesto expresamente en su artículo 175, que las facultades de los municipios para la fiscalización, gestión y recaudación de sus tributos propios, "no podrán ser delegadas a particulares", *Gaceta Oficial* n.º 38.204 del 8 de junio de 2005.

37 Cfr. el decreto n.º 319 que estableció el Servicio Autónomo de Personería adscrito a la Procuraduría General de la República, *Gaceta Oficial* n.º 35.534 del 29 de agosto de 1994.

cas. Allí sí ha habido una huida de la Administración Pública del derecho administrativo que debe atajarse a tiempo, ya que el solo derecho privado es esencialmente inservible al Estado para el ejercicio del poder público, pues entre otros aspectos conduce a la realización de actividades administrativas al margen de las garantías jurídicas que el derecho administrativo otorga a los particulares, en especial para el ejercicio de su derecho a la defensa.

II. LA LABORALIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Uno de los elementos medulares del derecho administrativo ha sido el régimen de los funcionarios públicos. En el origen de nuestra disciplina, el personal al servicio del Estado estaba regido por sus propias normas y al mismo no le era aplicable el derecho que rige las relaciones de trabajo en el ámbito privado, es decir, el derecho laboral o derecho del trabajo.

La función pública, por tanto, tenía su propio estatuto de personal condicionado por las tareas públicas que tienen asignadas los funcionarios públicos y que tienen el deber de cumplir. En esta forma, la relación estatutaria y no contractual, y el acto de nombramiento de los funcionarios era un típico acto administrativo, condición que al producirse los subsumía en un régimen de personal establecido unilateralmente por el Estado. De la función pública, por tanto, estaban proscritos los contratos colectivos, el derecho a la huelga, el derecho a la sindicalización y el régimen de beneficios o prestaciones sociales establecidos en la Ley del Trabajo. Esta sólo se aplicaba a los obreros al servicio del Estado, es decir, a los trabajadores en los cuales predominaba el trabajo manual[38].

Bajo este esquema fue que se sancionó en Venezuela la Ley de Carrera Administrativa de 1970[39], la cual constituyó en su momento una revolución, pues se trataba de la primera vez que se regulaba legalmente el régimen de los funcionarios públicos[40].

Han pasado más de tres décadas desde que se produjo la sanción de aquel instrumento legal, y debemos aquí recordar que el argumento que en el Congreso se esgrimió para eliminar del proyecto que habíamos elaborado dos normas que prohibían expresamente la contratación colectiva y la huelga en la función pública era que ello era evidente y que, por tanto, su prohibición expresa no esa necesaria[41].

Por supuesto, en tres décadas todo cambió. La admisión de la sindicalización de la función pública que se había previsto en la ley condujo progresivamente, y de hecho, a la admisión de la contratación colectiva mediante las denominadas "actas convenios", que fueron regulando progresiva e ilegalmente las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos en diversas áreas cruciales de servicios públicos, como los de carácter social. Luego, tanto la reforma de la Ley de Carrera Administrativa de 1975[42], aplicando a los funcionarios públicos el régimen general de prestaciones sociales de la Ley del Trabajo, como la sindicalización desarrollada y la contratación colectiva condujeron, también, de hecho, al uso del recurso a la huelga como mecanismo conflictivo de uso progresivo.

Así, la función pública se fue laboralizando inexorablemente, pero encontrando dicho proceso, siempre, un límite, que es el artículo 144 C. que establece con rango constitucional lo que se configura como el núcleo del estatuto del funcionario público, de estableci-

---

38 Artículo 6.º de la derogada Ley del Trabajo del 1975, *Gaceta Oficial* n.º 1.736 Extra. del 5 de mayo de 1975.

39 Cfr. la derogada Ley de Carrera Administrativa, *Gaceta Oficial* n.º 1.745 Extra. del 23 de mayo de 1975.

40 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *El estatuto de los funcionarios públicos y la Ley de carrera administrativa,* Caracas, Comisión de Administración Pública, 1970

41 Cfr. "Proyecto de Ley sobre Funcionarios Públicos", 1970, Caracas, Comisión de Administración Pública.

42 *Gaceta Oficial* n.º 1.745 Extra. del 23 de mayo de 1975.

miento unilateral por el Estado, es decir, que no puede ser objeto de contratos colectivos, y que se refiere a las normas sobre ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios de la Administración Pública. Este régimen, por tanto, en relación con los funcionarios públicos de la Administración Pública nacional puede ser regulado en forma especial con relación a determinados órganos o institutos autónomos, pero no puede ser constitucionalmente eliminado dando paso a la aplicación global a la Ley Orgánica del Trabajo en la función pública.

En efecto, precisamente sobre los aspectos del estatuto de los funcionarios públicos que enumera el artículo 144 C. es que regula, en general, la Ley del Estatuto de la Función Pública[43], y precisamente por ello en el artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo, luego de todas las discusiones inimaginables sobre este tema crucial de la laboralización de la función pública, se llegó a establecer la diferenciación respecto a los aspectos estatutarios de la función pública, que por tanto no entran dentro del marco regulativo de la Ley Orgánica del Trabajo, así:

> *Artículo 8.º:* Los funcionarios o empleados públicos nacionales, estadales o municipales se regirán por las normas sobre carrera administrativa nacionales, estadales o municipales, según sea el caso, en todo lo relativo a su ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional; y gozarán de los beneficios acordados por esta ley en todo lo no previsto en aquellos ordenamientos.
>
> La situación actual del régimen de los funcionarios públicos, en Venezuela, en todo caso, responde a los principios generales que se observan en todo el mundo y en cuya conformación, sin duda, han jugado un papel importante los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo que han ido evolucionando y uniformizando normas en los diversos países[44]. La laboralización del régimen de la función pública, en todo caso, no puede verse como una huida del derecho administrativo, sino como la interaplicación normal del derecho público y del derecho privado al funcionamiento de la Administración Pública. En este campo, como hemos señalado, el núcleo del régimen de derecho administrativo de la función pública, previsto en la Constitución, permanece intacto por lo que se refiere a los funcionarios al servicio de la Administración Pública del poder ejecutivo, ya que la Ley del Estatuto excluye de la aplicación de esta ley, a los funcionarios públicos al servicio del poder legislativo nacional; del servicio exterior; del poder judicial; del poder ciudadano; del poder electoral; de la Procuraduría General de la República (a pesar de ser parte del poder ejecutivo); del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT); y a los miembros del personal directivo, académico, docente, administrativo y de investigación de las universidades nacionales. Además, también quedan excluidos de la aplicación de esta ley los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública (art. 1.º). Esta amplia exclusión es una puerta abierta a la laboralización del régimen de la función pública.

Por otra parte, en relación con el derecho a la sindicalización, a la negociación colectiva y a la huelga, se ha laboralizado completamente, tal como lo dispuso la Constitución de 1999 (arts. 95 a 97) al equiparar en esos derechos a los trabajadores de los sectores públi-

---

43 *Gaceta Oficial* n.º 37.522 del 6 de septiembre de 2002.

44 Cfr. Jesús Caballero Ortiz, *Incidencias del artículo 8.º de la Ley Orgánica del Trabajo en el régimen jurídico del funcionario público*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1991; Hildegard Rondón de Sansó, *El funcionario público y la Ley Orgánica del Trabajo,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1991.

cos o privados. En estas materias, además, la Ley Orgánica del Trabajo dispuso expresamente que "los funcionarios o empleados públicos que desempeñen cargos de carrera tendrán derecho a la negociación colectiva, a la solución pacífica de los conflictos y a la huelga, de conformidad con lo previsto en el Título VII de esta Ley, en cuanto sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública" (art. 8.º); agregando respecto del derecho de huelga que "podrá ejercerse en los servicios públicos sometido a esta Ley, cuando su paralización no cause perjuicios irremediables a la población o a las instituciones" (art. 496).

Por su parte, la Ley del Estatuto de la Función Pública reitera la laboralización en estas materias, al precisar en su artículo 32 que los funcionarios públicos de carrera, que ocupen cargos de carrera, tendrán el derecho a organizarse sindicalmente, a la solución pacífica de los conflictos, a la convención colectiva y a la huelga, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento, en cuanto sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública. Sin embargo, agrega la norma que todos los conflictos a los cuales diere lugar la disposición anterior serán conocidos por los tribunales competentes en lo contencioso administrativo funcionarial.

En este sentido, un aspecto esencial de la unicidad del régimen de los funcionarios públicos y que forma parte de su estatuto, como expresamente lo regula la Ley del Estatuto de la Función Pública, es precisamente el régimen de control jurisdiccional de la función pública, más que de la carrera administrativa, que como competencia de los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa se ha regulado en la ley (arts. 93 y ss.). Estos órganos jurisdiccionales son competentes en materia de función pública, de manera que por más proceso de laboralización que se haya efectuado, los conflictos de la función pública escapan al conocimiento de los tribunales del trabajo y van a la jurisdicción contencioso administrativa. Estos tribunales de la jurisdicción tienen competencia para resolver las reclamaciones que formulen los funcionarios públicos o aspirantes a ingresar en la función pública cuando consideren lesionados sus derechos por actos o hechos de los órganos o entes de la Administración Pública; así como las solicitudes de declaratoria de nulidad de las cláusulas de los convenios colectivos.

Deben destacarse, por otra parte, los frenos que fueron estableciendo el antiguo Tribunal de la Carrera Administrativa y la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa a los intentos de huida del régimen de la función pública establecido en la derogada Ley de Carrera Administrativa, por una parte, por la interpretación amplia de la misma, al aplicarla a todos los funcionarios públicos, fueran o no de carrera, y por la otra, por la interpretación precisa del concepto de funcionario público, que hace énfasis en la naturaleza intelectual del servicio prestado en contraposición a la del obrero al servicio de la Administración Pública, siendo las circunstancias de nombramiento, permanencia en el cargo y la existencia de la partida presupuestaria correspondiente elementos que sólo sirven de mera presunción, pero que pueden ser desvirtuados por la realidad o naturaleza efectiva de los servicios prestados, y que pueden conducir a considerar la relación laboral como la de obrero y no la de empleado o funcionario público[45].

Por otra parte, la ausencia de nombramiento tampoco puede considerarse como elemento para que no exista la relación de empleo público y se pretenda aplicar a la relación laboral el régimen de la Ley Orgánica del Trabajo. Sobre esto, la jurisprudencia contencioso administrativa fue reiterada en considerar que la sola existencia de un contrato de traba-

---

45 Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 17 de noviembre de 1994, Caso Instituto Universitario de Policía Científica (consultada en original).

jo no bastaba para excluir a un sujeto de la aplicación de la derogada Ley de Carrera Administrativa y para, por tanto, huir del derecho administrativo. Por ello, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, independientemente de si un sujeto ingresó a trabajar en la Administración Pública con un contrato de trabajo que se pretenda como de derecho privado, señaló que en cada caso:

Debe precisarse si se cumplen los requisitos necesarios para considerar como relación de empleo público a ciertas relaciones contractuales en su origen. Estos requisitos pueden resumirse en los siguientes: 1) Que las funciones asignadas corresponden a un funcionario de carrera; 2) Que se trate de funciones de carácter permanente, y 3) Que el régimen laboral (salario, horario, beneficios y otros) corresponda al establecido para los funcionarios que han ingresado a través de la vía normal del nombramiento[46].

Así, en un intento por regularizar la relación entre el régimen de la función pública y el personal contratado en la Administración Pública, la Ley del Estatuto de la Función Pública dispuso que sólo puede procederse por la vía del contrato en aquellos casos en que se requiera personal altamente calificado para realizar tareas específicas y por tiempo determinado; prohibiendo la contratación de personal para realizar funciones correspondientes a los cargos previstos en la ley (art. 37). En ningún caso el contrato puede constituirse en una vía de ingreso a la Administración Pública (art. 39); y en estos casos de personal contratado, el régimen aplicable es el previsto en el respectivo contrato y en la legislación laboral (art. 38).

Pero en todo caso, las derogaciones al régimen de derecho administrativo de la función pública, en general, han sido producto de vías de hecho que en materia laboral han sido los canales normales para el logro de tantos avances y reivindicaciones, lo que ha caracterizado la historia del derecho del trabajo. Ello se ha reproducido en los servicios públicos, y las huelgas recurrentes en los servicios de salud y de educación prestados por las Administraciones Públicas son parte de esa evolución.

Ahora bien, donde sí puede decirse que se efectuó una huida respecto del derecho administrativo con relación al régimen del personal es, sin duda, en el campo de la Administración Pública descentralizada que ya hemos referido en general. Esto fue evidente al excluirse a determinados institutos autónomos del régimen funcionarial, regulándose en la ley respectiva la aplicación general al personal de la Ley del Trabajo[47].

Esta huida, puede considerarse como inconstitucional, pues al establecer el artículo 122 C. de 1961 equivalente al artículo 144 C. de 1999, que la ley debe regular un estatuto de la función pública, es lógico que su contenido deba diferir del régimen laboral ordinario, pues de lo contrario el constituyente habría aplicado a los funcionarios públicos la Ley del Trabajo. Por ello, cuando en virtud de ley, no es que se establece un régimen estatutario especial para los funcionarios de un instituto autónomo, es decir, no es que excluye a los funcionarios del mismo de la aplicación de la Ley del Estatuto para someterlos a otro régimen funcionarial, sino que se los excluye de la categoría de funcionarios públicos reenviándolos expresamente a la Ley Orgánica del Trabajo, como sucedió con el personal del

---

[46] Véanse sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 1 de julio de 1993, *Revista de Derecho Público*, n.º 55 a 56, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1993, p. 556; y del 10 de noviembre de 1994, caso Teófilo Gutiérrez *vs.* INOS (consultada en original).

[47] Es el caso, p. ej., del Instituto Postal Telegráfico conforme al artículo 37 de su Ley de creación, *Gaceta Oficial* n.º 2.146 Extra. del 28 de enero de 1978. Por ello, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ha rechazado el conocimiento de recursos contencioso administrativos contra actos administrativos dictados en relación con la materia laboral. Véase sentencia de Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 31 de mayo de 1993, y del 13 de agosto de 1993, *Revista de Derecho Público,* n.º 53 y 54, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1993, pp. 419 y 549, y pp. 287 y ss., respectivamente.

Instituto Postal telegráfico IPOSTEL; con razón se puede considerar ello como inconstitucional[48].

De todas formas, con el recurso a la figura jurídica de la descentralización funcional mediante personas de derecho privado, la condición de funcionarios públicos no se da respecto de los empleados de las empresas, asociaciones y fundaciones del Estado, los cuales en sus relaciones de trabajo se rigen íntegramente por las normas de la Ley Orgánica del Trabajo. Sin embargo, normas limitativas como la del artículo 145 C. que establece la incompatibilidad para contratar con la República, los estados, los municipios y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales, abarcan ahora también a las personas que estén incluso al servicio de entidades descentralizadas con forma de derecho privado. Este campo de rescate del derecho administrativo ya se había establecido, por ejemplo, en el artículo 8, parágrafo único, de la derogada Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, que si bien había establecido expresamente que los empleados de las entidades de la industria petrolera nacionalizada no tenían el carácter de funcionarios públicos, sin embargo a ellos se aplicaban las restricciones constitucionales establecidas en los artículos 123 a 125 C. de 1961 respecto de los funcionarios públicos.

Por otra parte, otro aspecto de rescate del régimen de derecho administrativo respecto de los empleados de las empresas, asociaciones civiles y fundaciones del Estado, es la previsión de la Ley contra la Corrupción que establece que a los efectos de su articulado, y sin perjuicio de lo que disponga la Ley del Estatuto de la Función Pública, se consideran funcionarios o empleados públicos:

Los directores y administradores de las sociedades civiles y mercantiles, fundaciones, asociaciones civiles y demás instituciones constituidas con recursos públicos o dirigidas por algunas de las personas a que se refiere el artículo 4 de esta Ley, o cuando la totalidad de los aportes presupuestarios o contribuciones en un ejercicio provenientes de una o varias de estas personas represente el cincuenta por ciento (50%) o más de su presupuesto o patrimonio; y los directores nombrados en representación de dichos órganos y entes, aun cuando la participación fuere inferior al cincuenta por ciento (50%) del capital o patrimonio (art. 3.º)[49].

Debe mencionarse, por último, el proceso de especialización del régimen de la función pública que se ha venido operando en los últimos años, tendiente a excluir del régimen general de funcionarios públicos al personal al servicio de determinados organismos de la Administración central, lo cual si bien no es una huida, sin duda constituye un peligro de que esto último pueda ocurrir, de hecho.

---

48 En este sentido, en el voto salvado de los Magistrados GUSTAVO URDANETA TROCONIS y ALEXIS PINTO D'ASCOLI a las sentencias antes citadas (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 31 de mayo de 1993 y 13 de agosto de 1993), expusieron que el artículo 37 de la Ley del IPOSTEL colide con el artículo 122 C. que ordenó crear la carrera administrativa mediante el establecimiento de un estatuto para los funcionarios públicos cuyo contenido es distinto al régimen de la Ley del Trabajo, cuya aplicación general no fue la voluntad del constituyente, pues lo hubiera hecho expresamente, señalando: "A juicio de los magistrados disidentes esto fue justamente lo que se quiso evitar mediante la norma del 122 constitucional que -sin duda- se desconoce en el fallo anterior el cual deja de lado la naturaleza de la relación existente entre la Administración y sus funcionarios: de base estatutaria, de empleo público, distinta -se insiste- de la que rige las relaciones convencionales existentes entre los trabajadores y sus patronos que están reguladas esencialmente por la legislación laboral. Por tales razones, consideran los Magistrados disidentes que lo procedente hubiera sido que -en aplicación del control difuso de la constitucionalidad reconocido a los jueces de cualquier nivel en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil- esta Corte desaplicara en el caso de autos el citado artículo 37 de la Ley que crea el Instituto Postal Telegráfico, dada su evidente colisión con los artículos 122 y 206 de la Constitución", ídem.

49 *Gaceta Oficial* n.º 5.637 Extra. del 7 de abril de 2003.

En algunos casos, la especialización del régimen se ha establecido mediante ley, como ha sucedido respecto de los funcionarios del Banco Central de Venezuela, y de la Superintendencia de Bancos y otras entidades financieras y de la Superintendencia de Seguros. En estos últimos casos, incluso, se ha atribuido al propio directorio del Banco Central y al Superintendente de Bancos y otras instituciones financieras, respectivamente, la facultad de dictar el estatuto funcionarial de las instituciones[50]. En contraste con normas de leyes anteriores que disponían que los funcionarios o empleados del Banco Central "no tendrán derecho a contratación colectiva ni a huelga", el artículo 29 de la Ley de 2001 dispone, conforme a la orientación de la Constitución, que "el personal del Banco Central de Venezuela goza de los derechos a huelga, a sindicalización y a contratación colectiva", regulando, sin embargo, mecanismos para evitar la interrupción de actividades "no susceptibles de suspensión".

III. LA APLICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO AL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

El derecho administrativo, con la superación de su definición mediante un único criterio "mágico", que no existe, ha afianzado campos de regulación que escapaban de la misma con la sola definición orgánica o funcional de nuestra disciplina.

En efecto, el tradicional y superado criterio orgánico para la definición del derecho administrativo que lo concebía como el aplicable a los órganos del poder ejecutivo que constituían la Administración Pública, expulsaba de la regulación del derecho administrativo a la actuación en función administrativa o normativa sublegal de los órganos que ejercían el poder legislativo y el poder judicial, es decir, la Asamblea Nacional y sus comisiones y los tribunales de la República. Por supuesto, este criterio, que en otras latitudes podía haber tenido fundamento en otras épocas[51], de acuerdo a la Constitución de 1961 así como a la Constitución de 1999, no podía tener aplicación en Venezuela[52]. Por ello, la jurisprudencia contencioso administrativa, en el proceso de universalización del control sobre los actos administrativos, había considerado siempre como tales los dictados por los antiguos órganos constitucionales dotados de autonomía funcional y que no estaban integrados a los órganos tradicionales del Estado, como eran la Contraloría General de la República, la Fiscalía General de la República, el Consejo Supremo Electoral y el Consejo de la Judicatura, los cuales siempre se habían considerado como parte de la Administración Pública pero con autonomía funcional (para diferenciarla de la Administración central y descentralizada)[53], regidas por el derecho administrativo. Ahora, por supuesto, de acuerdo con la Constitución de 1999, dichos órganos forman parte de la división del poder público, conformando órganos de la Administración Pública, pero integrados al poder ciudadano (Contraloría General de la República, Fiscalía General de la República, Defensoría del Pueblo), al poder electoral (Consejo Nacional Electoral) o al poder judicial (Dirección Ejecutiva de la Judicatura).

---

50 Artículos 28 y 273 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, decreto ley n.º 1.526, *Gaceta Oficial* n.º 5.555, Extra. del 13 de noviembre de 2001.

51 Véanse los trabajos críticos sobre el criterio orgánico que se publican en el libro *Actualidad y Perspectivas del derecho público a finales del siglo XX*, *Homenaje al profesor Fernando Garrido Falla*, t. I, Madrid, 1992.

52 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "El problema de la definición del acto administrativo", en *Libro Homenaje al Dr. Eloy Lares Martínez,* t. I., Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, pp. 25 y ss.

53 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa en Venezuela,* cit. p. 95.

Pero el afianzamiento del derecho administrativo más importante se ha producido con su penetración respecto de la regulación de la actuación administrativa de los órganos del Estado que ejercen el poder legislativo y el poder judicial. En esta forma ha quedado fuera de duda el carácter de acto administrativo de las decisiones de los órganos de la Asamblea Nacional, de rango sublegal, dictadas en función administrativa[54], por ejemplo, en materia de personal o que puedan afectar a los particulares (policía administrativa de las comisiones, p.ej.); así como de decisiones del propio Tribunal Supremo de Justicia como órgano de gobierno y administración del poder judicial (arts. 267 y ss.) en relación con el estatuto de los magistrados o adoptadas en función normativa (reglamentos de personal, p.ej.), o de los tribunales en general, dictadas en función normativa (reglamentos internos) o en función administrativa, en relación con el personal tribunalicio o en materia de policía de los tribunales (medidas disciplinarias respecto de abogados, p.ej.)[55]. Igualmente, no hay duda alguna del carácter de actos administrativos de los dictados por los órganos del poder ciudadano y del poder electoral.

Precisamente por este afianzamiento del derecho administrativo y de su aplicación en áreas de actividad pública que escapan de la actuación de los órganos de la Administración Pública que ejercen el poder ejecutivo es que el criterio orgánico para la definición de nuestra disciplina es totalmente inservible como criterio único.

Lo mismo debe decirse de la utilización del sólo criterio funcional relativo al ejercicio de la función administrativa como criterio único para la definición del derecho administrativo, que dejaba fuera del ámbito de su regulación las actuaciones de las administraciones públicas realizadas en ejercicio de la función normativa o de la función jurisdiccional. Los reglamentos, en Venezuela, siempre han sido considerados como actos administrativos dictados en ejercicio de la función normativa del Estado y, por tanto, sometidos al control de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa como actos administrativos de efectos generales. Por ello, a pesar de las dudas que en otros ordenamientos han existido históricamente respecto de la consideración de los reglamentos como actos administrativos, en nuestro país ninguna duda ha existido ni surgido al respecto.

No ha sucedido lo mismo, sin embargo, respecto del ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los órganos de la Administración Pública, lo cual condujo en algunas ocasiones a la antigua Corte Suprema de Justicia, en unas decisiones de expulsión del derecho administrativo para regir la actividad disciplinaria de la Administración, a considerar que la actividad realizada no era actividad administrativa, sino "jurisdiccional", no sujeta al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Así sucedió, inicialmente, al juzgarse, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, la actuación de las Comisiones Tripartitas en materia de aplicación de la derogada Ley contra Despidos Injustificados[56] -órganos administrativos integrados al Ministerio del Trabajo-, que indudablemente se ejercía en función jurisdiccional. Ello, sin embargo, luego se corrigió por la antigua Corte Su-

---

[54] Véase p. ej., sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa del 14 de septiembre de 1993, caso Carlos Andrés Pérez, en ALLAN R. BREWER-CARÍAS y LUIS ORTIZ ÁLVAREZ, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa 1961-1996,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1996, pp. 27 y 28. Véase además, sentencia del 19 de diciembre de 1974, caso A. Toro, Ibíd., p. 468.

[55] Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 19 de julio de 1984, caso Alí Quiñones*, Revista de Derecho Público,* n.º 19, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1984, pp. 122 a 124; y sentencia de Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa del 30 de junio de 1986, caso M. J. Alvarado, en ALLAN R. BREWER-CARÍAS y LUIS ORTIZ ÁLVAREZ, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa 1961-1996*, cit, p. 433.

[56] Véanse los comentarios a dicha sentencia en ALLAN R. BREWER-CARÍAS "El problema de la definición del acto administrativo", cit., pp. 31 y ss.

prema de Justicia al considerar que los actos dictados por aquellas Comisiones eran actos administrativos "de sustancia jurisdiccional"[57] regulados por el derecho administrativo. También sucedió inicialmente, al juzgarse por la misma Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa la actuación en materia disciplinaria del antiguo Consejo de la Judicatura -órgano constitucional con autonomía funcional que conforme a la Constitución de 1961 tenía a su cargo el gobierno y administración del poder judicial-, que indudablemente era ejercida en función jurisdiccional y que -en otra expulsión de áreas de actividad del derecho administrativo- no se consideró como actividad administrativa[58]. Ello también fue corregido posteriormente, y a medias, en virtud de una reforma legal[59], por lo que la antigua Corte Suprema de Justicia, en Corte Plena, rescató para el derecho administrativo lo que se había expulsado al declarar la inconstitucionalidad de la norma de la derogada Ley del Consejo de la Judicatura que excluía de control contencioso administrativo algún acto en materia disciplinaria respecto de los jueces que, sin duda, era un acto administrativo dictado en función jurisdiccional y sujeto al derecho administrativo[60].

IV. LA PENETRACIÓN DEL PODER LEGISLATIVO EN LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Un aspecto debe especialmente destacarse en este campo del ejercicio de las funciones del Estado, y particularmente de la función administrativa por parte de los órganos del Ejecutivo nacional, en cuyo ejercicio ha venido interviniendo e interfiriendo, en muchos casos, con dudosa constitucionalidad, el poder legislativo. Son múltiples las intervenciones e interferencias que en este campo, y de variada naturaleza, se establecieron en el pasado, en las cuales se produjo una huida de la función administrativa hacia las antiguas Cámaras Legislativas y sus comisiones. En algunos casos se trató de la participación del órgano legislativo (antiguo Congreso) en el nombramiento de funcionarios públicos en casos no autorizados por la Constitución de 1961, como en cambio sí sucedía -y continúa sucediendo en la Constitución de 1999- con la autorización de la Asamblea Nacional para el nombramiento del Procurador General de la República y los jefes de misiones diplomáticas permanentes (art. 187.14). Así, por ejemplo, en la derogada Ley de Carrera Administrativa, un miembro del directorio de la Oficina Central de Personal lo designaba el Congreso (art. 8.º); en la derogada Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, el nombramiento del Superintendente de Bancos y del presidente del Fondo de Garantías de Depósitos y Protección Bancaria debía ser autorizado por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de sus miembros (arts. 146 y 209); y en la progresivamente derogada Ley de Política Habitacional de 1993 se creó una Junta de Vigilancia integrada por 11 miembros, de los cuales dos eran diputados designados por el antiguo Congreso (art. 67)[61].

---

57 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa del 10 de enero de 1980, caso Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo, *Revista de Derecho Público,* n.º 1, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1980, pp. 128 a 136.

58 Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa del 26 de marzo de 1985, caso Ruiz Becerra, *Revista de Derecho Público,* n.º 22, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1985, pp. 118 a 143.

59 Mediante la derogada Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, *Gaceta Oficial* n.º 36.534 de 8 de septiembre de 1988.

60 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa del 6 de agosto de 1991, caso Iván Hernández G., *Revista de Derecho Público,* n.º 47, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1991, pp. 107 y 108.

61 Ley de Política Habitacional, decreto ley n.º 3.270, del 30 de noviembre de 1993. *Gaceta Oficial* n.º 4.659 Extra., del 15 de diciembre de 1993

En este contexto, en la Constitución de 1999 se han regulado dos únicos supuestos en los cuales se establece la participación de la Asamblea Nacional en la designación de un funcionario que integra la organización general de la Administración Pública. Es el caso, por una parte, de los integrantes del directorio del Banco Central de Venezuela, los cuales representan exclusivamente el interés de la Nación, estableciéndose en la disposición transitoria cuarta de la Constitución que la ley debe establecer que corresponde al poder ejecutivo la designación del presidente del Banco Central de Venezuela y, al menos, de la mitad de sus directores o directoras; y debe establecer "los términos de participación del poder legislativo nacional en la designación y ratificación de estas autoridades". En tal sentido, la Ley del Banco Central de Venezuela de 2001[62] estableció que el Presidente del Banco debe ser designado por el presidente de la República, nombramiento que debe ser ratificado por el voto de la mayoría de los miembros de la Asamblea Nacional (art. 9.º); y en cuanto al resto de los seis directores adicionales que conforman el directorio del banco, se dispuso que uno debe ser un ministro del área económica; tres deben ser designados por el Presidente de la República, y dos por la Asamblea Nacional (art. 15).

Por otra parte, también es el caso del Superintendente de Protección y Promoción a la Libre Competencia, en cuyo caso la disposición transitoria decimoctava de la Constitución establece que a los fines de asegurar la vigencia de los principios relativos a la proscripción de los monopolios que tienden a evitar los abusos de la posición de dominio en el mercado establecidos en el artículo 113 C., exhortó a la Asamblea Nacional a dictar "una ley que establezca, entre otros aspectos, el organismo de supervisión, control y fiscalización que deba asegurar la efectiva aplicación de estos principios y las disposiciones y demás reglas que los desarrollen"; agregando expresamente que "La persona que presida o dirija este organismo será designada por el voto de la mayoría de los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional, previo informe favorable de una comisión especial designada de su seno al efecto".

En otros casos, el régimen de intervención de la Asamblea Nacional para la ejecución de políticas públicas, como la política de privatización, hace de aquella, materialmente, una co-gestora o co-administradora del proceso, al preverse en la Ley de Privatización todo tipo de autorizaciones previas y posteriores en la venta de empresas del Estado[63], a pesar de que en la Constitución la intervención del poder legislativo se reduce, en esta materia, a la autorización por la Asamblea al Ejecutivo nacional para enajenar bienes inmuebles del dominio privado de la República (art. 187.12).

En otros casos, como el previsto en la Ley Orgánica del Trabajo, en general los reglamentos de dicha ley, y en particular los decretos presidenciales de aumento de salarios, que son actos típicamente administrativos dictados en ejercicio de la función normativa, deben ser sometidos a la consideración de la Asamblea Nacional, correspondiéndole decidir la ratificación o suspensión de los decretos "dentro de los 10 días siguientes a la fecha de recepción" (art. 22). Esta previsión legislativa, la cual puede causar múltiples problemas en la política salarial del Estado, fue impugnada por inconstitucional[64] ante el Tribunal Supremo, cuya la Sala Constitucional en sentencia 1447 del 3 de junio de 2003 (caso Impugnación del artículo 22 de la Ley Orgánica Del Trabajo), sin embargo, la consideró acorde

---

62 *Gaceta Oficial* n.º 5606, Extra. del 18 de octubre de 2002.

63 Artículo 10.º, Ley de Privatización, *Gaceta Oficial* n.º 5.199 Extra del 30 de diciembre de 1997.

64 Ley Orgánica del Trabajo, *Gaceta Oficial* Extra. n.º 5.152 del 19 de junio de 1997. Cfr. Carlos Ayala Corao, "Inconstitucionalidad de la fijación del salario mínimo nacional obligatorio en base al artículo 26 de la Ley del Trabajo", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n.º 74, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1990.

con la Constitución, al estimar que ésta en ningún caso atribuye la función normativa en forma exclusiva al Presidente de la República, y que es más bien el legislador el que al tener potestad normativa exclusiva en materia de regulación y limitación de los derechos constitucionales (como los laborales), puede asignar la potestad reglamentaria al Ejecutivo nacional, estableciendo el control parlamentario sobre los reglamentos. En definitiva, en la sentencia, la Sala Constitucional resolvió:

En vista de que el Ejecutivo nacional no dispone de un poder constitucional originario para intervenir en tales materias, pues son de reserva legal, el legislador pudo prever que tales poderes correspondiesen directamente al órgano parlamentario. Sin embargo, no lo hizo, tal vez considerando que la correcta ejecución de esa competencia exige la flexibilidad que caracteriza la actuación de la Administración. Ello no significa, en todo caso, que el Ejecutivo nacional asumiese una potestad que le fuese exclusiva. Al contrario, así como el legislador asignó al Ejecutivo nacional la potestad para dictar Decretos en los aspectos mencionados, también pudo válidamente establecer que los Decretos dictados fueren sometidos a cierta forma de control, tal como en efecto se hizo en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Trabajo.

En criterio de esta Sala, no es necesario que ese control esté establecido expresamente en la Constitución -tal como lo afirmaron los recurrentes-, por cuanto su exigencia no vulnera el ejercicio de ningún poder constitucional propio del Ejecutivo nacional. Al contrario, se ha indicado insistentemente que el Ejecutivo carece de poderes originarios en la materia, disponiendo sólo de aquellos que le atribuye la ley[65].

V. LA PROYECCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO HACIA ACTUACIONES DE PERSONAS JURÍDICAS NO ESTATALES

El derecho administrativo, como se ha dicho, es esencialmente el derecho de la Administración Pública, es decir, fundamentalmente el derecho que regula las entidades *estatales* de derecho público o de derecho privado (*Segunda parte, § 5 y ss*). Sin embargo, si bien ese es el campo natural o común del derecho administrativo, éste, al regular también el ejercicio de la función administrativa del Estado ha penetrado en el ámbito de la actuación de personas jurídicas *no estatales*, es decir, que no forman parte de la organización general del Estado ni del sector público, pero que en virtud de ley realizan actuaciones que ejercen la función administrativa y que, en definitiva, constituyen ejercicio del poder público.

Esta penetración o proyección del derecho administrativo hacia la actuación de personas jurídicas no estatales se ha producido, en primer lugar, cuando las mismas han sido dotadas por ley con formas jurídicas de derecho público, lo que se da normalmente en las corporaciones de carácter público, es decir, las personas jurídicas que tienen básicamente un sustrato personal como objeto de protección y que cumplen tareas públicas fuera de la organización del Estado. Es el caso, ante todo, de las comunidades públicas, como las comunidades académicas, es decir, de las academias nacionales, que han sido creadas por ley como corporaciones de carácter público no estatales, con funciones científicas y de asesoría en sus áreas de actuación específica: Medicina, Historia, Lengua, Ciencias Políticas y Sociales, Ciencias Físicas y Matemáticas, Economía[66]. Las Academias no forman parte de la

---

65 Véase *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 186 y ss.; y 379 y ss.

66 Véanse las siguientes leyes de academias: Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales, Ley del 19 de junio de 1917, *Gaceta Oficial* n.º 13.181; Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Ley del 30 de junio de 1924, *Gaceta Oficial* n.º 15.361; Academia Nacional de la Historia, decreto del 28 de octubre de 1888; Academia Nacional de Medicina, Ley del 1º de agosto de 1941, *Gaceta Oficial* n.º 20.557; Academia Venezolana corres-

organización general del Estado, no dependen de ningún órgano administrativo ni están sometidas a ningún tipo de control de tutela o administrativo de los órganos estatales; sin perjuicio de que puedan ser objeto de control fiscal de acuerdo a la Contraloría General de la República con motivo de recibir subvenciones de parte del Estado a través del presupuesto de Ministerio de Educación.

Las otras corporaciones públicas no estatales sometidas al derecho administrativo son los colegios profesionales, integrados todos por particulares que ejercen profesiones liberales, y constituidos como personas jurídicas de derecho público no estatales, sea establecidas por ley directamente o en virtud de la ley, a los efectos del control y ordenación del ejercicio de dichas profesiones liberales y en virtud de la colegiación obligatoria que las leyes respectivas han establecido conforme al artículo 105 C.[67]. En dichas leyes, en particular, al igual que las academias nacionales, se ha concebido a los colegios profesionales como corporaciones de carácter público no sujetas a ningún tipo de control de tutela de parte de entidades públicas; pero a diferencia de las academias nacionales, por las atribuciones que tienen, las leyes han dotado a los colegios profesionales de potestades normativas, reguladoras, disciplinarias y sancionatorias que ejercen respecto de los particulares colegiados, como parte del poder público y de funciones del Estado. En tal virtud, aun no siendo personas estatales, ni parte de las administraciones públicas, el derecho que les es normalmente aplicable es el derecho administrativo, considerándose los actos dictados por dichas corporaciones en ejercicio de las facultades de control profesional como actos administrativos, sometidos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Además, en particular sobre los colegios profesionales, dado el carácter de gremios profesionales, la Constitución ha atribuido al poder electoral la competencia de organizar sus elecciones (art. 293.6)

Pero la penetración más importante del derecho administrativo hacia el campo de las personas jurídicas no estatales se ha producido respecto de personas de derecho privado constituidas y dirigidas por particulares, que no forman de manera alguna parte de la organización general del Estado, pero a las cuales la ley les ha atribuido la gestión de la prestación de un servicio público o la ordenación de actividades privadas de interés general. En estos casos y con motivo de estas tareas, esas entidades se encuentran sometidas al derecho administrativo, incluso en la regulación del personal al servicio de las mismas. En este sentido debe destacarse el caso de las universidades privadas, respecto de las cuales la jurisprudencia contencioso administrativa ha señalado que "al intervenir en la gestión de un servicio público y al obligárseles a que apliquen la Ley de Universidades en la ejecución de dicho servicio y en concreto en las designaciones de su personal docente, realizan funcio-

---

pondiente de la Real Academia Española de la Lengua, decreto del 10 de abril de 1883; Academia de Ciencias Económicas, Ley del 24 de agosto de 1983, *Gaceta Oficial* n.º 32.796.

67 Véanse las siguientes leyes de colegios profesionales: Ley de Abogados, *Gaceta Oficial* n.º 1.081 Extra. del 23 de enero de 1967; Ley de Ejercicio de Bioanálisis, *Gaceta Oficial* n.º 30.160 del 23 de julio de 1973; Ley de Ejercicio de la Contaduría Pública, *Gaceta Oficial* n.º 30.273 del 5 de diciembre de 1973; Ley de Ejercicio de la Profesión de Economista, *Gaceta Oficial* n.º 29.687 del 15 de diciembre de 1971; Ley de Ejercicio de la Farmacia, *Gaceta Oficial* n.º 16.551 del 7 de julio de 1928; Ley de Ejercicio de la Ingeniería, la Arquitectura y Profesiones afines, *Gaceta Oficial* n.º 25.822 del 26 de noviembre de 1958; Ley de Ejercicio de la Medicina, *Gaceta Oficial* n.º 30.766 del 12 de agosto de 1975; Ley de Ejercicio de la Odontología, *Gaceta Oficial* n.º 29.288 del 10 de agosto de 1970; Ley de Ejercicio del Periodismo, *Gaceta Oficial* n.º 29.887 del 23 de agosto de 1972; Ley de Ejercicio de la Psicología *Gaceta Oficial* n.º 2.306 del 11 de septiembre de 1978; y Ley de Ejercicio de la Medicina Veterinaria, *Gaceta Oficial* n.º 28.737 del 24 de septiembre de 1968.

nes administrativas. Y ello con independencia de la naturaleza privada de la relación de la prestación de servicios que surge entre la Universidad y el profesor designado"[68].

En el mismo sentido la jurisprudencia contencioso administrativa, al constatar "la realización por parte de personas jurídicas de derecho privado de actos que supongan la ejecución de competencias de derecho público", ha considerado como actividad de servicio público al control que ejerce, por ejemplo, una asociación de vecinos en relación con el servicio de abastecimiento de agua de una urbanización, sometida, por tanto, al derecho administrativo y al control de la jurisdicción contencioso administrativa[69].

En definitiva, la jurisprudencia contencioso administrativa ha entendido que en estos casos la ley ha "delegado" la función administrativa del Estado por ejemplo en las universidades privadas, que no son universidades nacionales, por lo que se rigen en el ejercicio de las mismas por el derecho administrativo, en especial por las garantías que esta establece en las relaciones entre el Estado y los particulares con relación al debido proceso y al derecho a la defensa.

El mismo proceso de penetración del derecho administrativo hacia la actuación de las personas jurídicas privadas, de derecho privado, se ha venido produciendo incluso respecto de actividades cumplidas por éstas que no constituyen un servicio público, aun cuando por el interés o utilidad general de las mismas han sido objeto de una regulación legal que ha otorgado a entidades privadas básicamente de carácter corporativo el ejercicio de ciertas potestades públicas ordenadoras o disciplinarias en la actividad que gerencian. Así se ha resuelto por la jurisprudencia contencioso administrativa respecto de la Sociedad de Autores y Compositores en relación con el establecimiento de tarifas conforme a la Ley de Derecho de Autor[70]; del Comité Olímpico Venezolano[71] y de las federaciones y asociaciones deportivas, como la Asociación de Tiro del Distrito Federal[72], en relación con la actividad disciplinaria y sancionadora que realizan conforme a la Ley del Deporte.

En estos casos, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ha considerado que "las entidades deportivas previstas en la Ley del Deporte, cuando dictan actos sancionatorios en uso de la potestad que les ha conferido la misma ley, se comportan ante sus integrantes en un plano de supremacía, es decir, de autoridad, que ubica a los referidos actos

---

68 Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 24 de noviembre de 1986, *Revista de Derecho Público,* n.º 25, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1986, pp. 112 a 116; del 19 de enero de 1988, caso Ramón Escovar León *vs.* Universidad Católica Andrés Bello, en ALLAN R. BREWER-CARÍAS y LUIS A. ORTIZ ÁLVAREZ, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa 1961-1996,* cit, p. 493; y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 23 de noviembre de 1994, caso Universidad José María Vargas (consultada en original); y de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa del 7 de julio de 1994 en íd., cit. p. 503.

69 Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 2 de noviembre de 1994, caso Asociación de Vecinos de la Urbanización Guataparo (consultada en original).

70 Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 15 de marzo de 1984 y 18 de febrero de 1986, *Revista de Derecho Público,* n.º 18, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1984, pp. 177 a 178 y n.º 25, 1986, pp. 131 a 132

71 Véase en sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 14 de mayo de 1984 (consultada en original).

72 Sentencia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, 13 de febrero de 1986 en ALLAN R. BREWER-CARÍAS y LUIS A. ORTIZ ÁLVAREZ, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa 1961-1996*, cit. p. 479.

dentro del marco del derecho administrativo y los hace formar parte del objeto del control ejercido por la jurisdicción contencioso administrativa"[73].

VI. LA FÁCTICA "PRIVATIZACIÓN" DEL EJERCICIO DE ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS

Una de las técnicas de regulación más clásicas del derecho administrativo, y que pone de manifiesto el ejercicio del poder público para el cumplimiento de las tareas que tiene asignado el Estado, es el de la reserva de ciertas actividades al Estado, que este asume a veces en forma exclusiva y excluyente, y otras veces, sin dejar de ser exclusiva, sin excluir la posibilidad de la participación de los particulares en su realización, generalmente mediante concesión.

De las formas de la actividad administrativa, aquellas en las cuales siempre se da la figura de la reserva son la policía administrativa y los servicios públicos propiamente dichos.

En efecto, la policía administrativa es la actividad del Estado mediante la cual se garantiza el ejercicio de los derechos y libertades y el mantenimiento del orden público y social, lo cual implica, siempre, para lograr dicho objetivo, la posibilidad tanto de limitación o restricción de la actividad de los particulares como del uso de la fuerza coactiva. El régimen jurídico de la policía administrativa, en todas las áreas de actuación del Estado es materia de reserva legal, pues implica limitar el ejercicio de los derechos y libertades ciudadanas para garantizar su ejercicio por todos y el orden público y social. Además, el uso de los medios coactivos, es decir, de la fuerza pública, para precisamente garantizar, para todos, el ejercicio y goce de los derechos y libertades constitucionales y para mantener y restablecer el orden público o social, es un monopolio del Estado. En otras palabras, la policía administrativa, como actividad, está reservada al Estado no sólo en cuanto al uso de la fuerza pública, sino respecto a la existencia de la fuerza pública en sí misma. Por ello, la Constitución no sólo atribuye a los entes político territoriales competencia expresa en materia de policía nacional, estadal y municipal (arts. 156.6, 164.6 y 178.7), configurándose la función de los órganos de seguridad ciudadana como una materia de competencia concurrente (art. 332).

Hay por tanto fuerzas de policía nacionales, estadales y municipales a las cuales se ha atribuido el uso de la fuerza pública en forma exclusiva y excluyente. Es decir, la policía administrativa es una actividad y una fuerza reservada al Estado, en sus tres niveles territoriales, lo que significa atribución exclusiva, en el sentido de que sólo corresponde al Estado como tarea y obligación esencial y en este caso de la policía, además, como atribución excluyente, en el sentido de que sólo el Estado puede organizar el uso de la fuerza pública, particularmente en materia de orden público general, de tranquilidad, seguridad, moralidad y salubridad en la calle[74], no pudiendo los particulares establecer fuerzas, con armas, para realizar actividades de policía. Ello es campo esencial del derecho administrativo, particularmente por las garantías que este prevé respecto de los derechos de los individuos en re-

---

73 Véase sentencia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 30 de agosto de 1993, caso Liga de Fútbol Profesional de Venezuela, *Revista de Derecho Público*, n.º 55 y 56, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1993, pp. 398 a 399.

74 Como dice la antigua Ordenanza de Policía Urbana y Rural del Distrito Federal en su artículo 1: "La policía municipal es el ramo de la Administración Pública que tiene por objeto garantizar la seguridad, tanto de las personas como de la propiedad, la moralidad, salubridad y el orden público en el Distrito Federal".

lación con la actividad policial, que es actividad que se traduce en actos administrativos, sometidos a control de la jurisdicción contencioso administrativa[75].

Sin embargo, la desatención progresiva por parte del Estado venezolano de las tareas de seguridad y orden público, y la exigencia ciudadana por mayor seguridad personal, ha conducido a la aparición progresiva de unos "servicios de vigilancia privada", primero, de hecho, y luego, objeto de una reglamentación que fue establecida a partir del Reglamento de los Servicios Privados de Vigilancia, Protección e Investigación de 1975[76].

En este reglamento se reguló, entonces, el ejercicio por particulares de la función policial en las áreas de servicios de vigilancia y protección de propiedades; de traslado y custodia de valores, y de investigación sobre personas y bienes, precisándose sólo respecto de estos últimos que "en ningún caso podrán afectar los derechos y garantías de los ciudadanos establecidos en la Constitución y las leyes, ni interferir las funciones de investigación del Estado" (art. 2.º).

El reglamento citado previó la necesidad de una autorización para la prestación privada de estos servicios de policía, estableciendo normas sobre uso de armas, la contratación de personal y el ejercicio de potestades de control, inspección y fiscalización por parte del Ministerio de Relaciones Interiores. Además, en el reglamento se previó la posibilidad de que el Ministerio de Relaciones Interiores pudiera disponer, por razones de seguridad, el despido de cualquier persona contratada por los servicios privados de vigilancia, protección e investigación (art. 36); se estableció la obligación de los mismos de informar a las autoridades de policía cuando tengan conocimiento de la comisión de hechos punibles y de denunciarlos cuando sean de acción pública (arts. 24 y 34), y se previó en general:

> *Artículo 35.* En caso de guerra, perturbación del orden público, calamidades públicas u otras emergencias graves, las personas autorizadas para prestar los servicios aquí reglamentados, pondrán su personal, instalaciones, equipos, armas e implementos a la orden del Ejecutivo nacional, según él le indique, por el tiempo que sea necesario y mientras se mantengan las causas que hubieren provocado la medida

De esto resulta ni más ni menos que la realización, por parte de particulares, de actividades de policía administrativa que han sido atribuidas en forma exclusiva y excluyente al Estado, rompiéndose así el monopolio del Estado en el uso de la fuerza pública, lo que llevó en su momento al gobernador del antiguo Distrito Federal en Caracas, por ejemplo, a tener que atribuir a los vigilantes privados y a los transportistas de valores al servicio de las empresas privadas de vigilancia protección de propiedades y custodia y traslado de valores, "el carácter de auxiliares *ad-honorem* de la Policía Metropolitana", motivo por el cual se les impusieron deberes adicionales de policía administrativa[77].

---

75 Son de destacar las normas de conducta de los miembros de los cuerpos de policía establecidas en el decreto n.º 3.179 del 7 de octubre de 1993 contentivo del Reglamento de Coordinación de los Servicios de Policía y sobre normas de conducta de los miembros de los cuerpos de policía, *Gaceta Oficial* n.º 35.317 del 14 de octubre de 1993.

76 Decreto n.º 699 del 14 de enero de 1975, *Gaceta Oficial* n.º 30.597 del 14 de enero de 1975.

77 El artículo 1º de la resolución n.º 44 del 30 de enero de 1992, impuso a los mismos los deberes de "vigilancia general sobre los bienes bajo su custodia"; de "protección a las personas y a las propiedades donde prestan sus servicios"; de "impedir la comisión de hechos delictivos durante su horario de labores y en su lugar de trabajo"; de "cooperar con los cuerpos de seguridad y orden público poniendo en conocimiento de la autoridad competente más cercana los hechos ilícitos que se estén perpetrando"; o "aprehender y poner a la disposición de dichos cuerpos la persona sorprendida *in fraganti* cometiendo actos delictivos, conjuntamente con los objetos con que haya cometido o intentado cometer el delito y que sirvan para comprobar su perpetración, así como preservar el sitio

En esta forma, hemos estado en presencia de cuerpos armados de vigilancia y protección privadas con funciones de policía administrativa, es decir, "policías administrativas privadas" no previstas ni en las leyes nacionales o estadales ni en las ordenanzas municipales, que han roto el carácter excluyente y monopólico del uso de la fuerza pública por el Estado. Ello ha significado un escape fáctico del derecho administrativo, pues quienes han cumplido dichos servicios ni son funcionarios públicos ni sus actuaciones pueden considerarse como de carácter administrativa siendo el único "lazo" con el sector público el establecido en una resolución que les asignó el carácter de funcionarios auxiliares *ad honorem* de la Policía Metropolitana y que regía sólo en una parte de la ciudad de Caracas.

Así, la policía administrativa se "privatizó", es decir, se desarrolló una policía administrativa privada, con el consiguiente relajamiento de la reserva al Estado del uso de la fuerza pública y de las actividades de seguridad pública, y la consecuencial huida del derecho administrativo.

Un fenómeno similar se puede constatar en el campo de los servicios públicos en sentido propio, cuya existencia misma es consecuencia de la reserva que el Estado se hace respecto de determinadas actividades prestacionales para la satisfacción de necesidades colectivas, que la Constitución o la ley le imponen como obligación. El servicio público, por tanto, no es otra cosa que una actividad prestacional impuesta y reservada al Estado en forma exclusiva, lo que hace que esta sea una de las clásicas formas de la actividad administrativa[78]. Pero por supuesto, con gran frecuencia la Constitución y la ley califican una actividad como servicio público, y la misma no es exclusiva del Estado, como el de salud o educación, en cuya prestación participan los particulares, en ejercicio de su liberad económica, co-prestándolo, sometidos sólo a controles públicos (licencias, registros).

Ahora bien, los servicios públicos propiamente dichos, como reservados al Estado, pueden ser exclusivos y excluyentes, cuando la prestación del servicio público se establece como una reserva absoluta a cargo del Estado, en la cual se excluye a los particulares; o pueden ser de carácter exclusivo pero no excluyente, los cuales, si bien implican una reserva al Estado, sin embargo los particulares pueden prestarlos mediante concesión, como sucede, por ejemplo, con todos los servicios públicos domiciliarios y municipales regulados en la Constitución (art. 178) y en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal[79].

En materia de servicios públicos exclusivos no excluyentes, la "privatización" de los mismos, como política del Estado, se concreta en la concesión de la prestación de los mismos a los particulares, mediante concesiones administrativas[80]. Sin embargo, esta privatización se reduce al titular de la prestación, pero no al régimen de la misma, el cual, mediante la figura de las concesiones administrativas de servicios públicos, sigue siendo un régimen típicamente de derecho administrativo.

El problema, en este campo, se plantea en aquellos casos en los cuales se ha producido la privatización de un servicio público, que a pesar de su carácter exclusivo y excluyente se llega a prestar por particulares, de hecho y sin que medie concesión administrativa. En este caso hay no sólo una "privatización" del régimen del servicio público y el relajamiento de

---

del suceso"; y de "prestar su colaboración a las autoridades de tránsito, no permitiendo el estacionamiento de vehículos en el espacio denominado zona bancaria"; *Gaceta Oficial* n.º 34.989 del 6 de febrero de 1992,

78 ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias", *Revista de Derecho Público,* n.º 6, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1981, pp. 65 a 71.

79 Artículo 61. *Gaceta Oficial* n.º 38.204 del 8 de junio de 2005.

80 Por ello la Ley de Privatización, *Gaceta Oficial* n.º 4.927 Extra. del 30 de junio de 1995, reguló las concesiones de servicios públicos dentro de la política de privatización (art. 1)

la reserva, sino una huida del régimen de derecho administrativo. Es el caso del servicio de correo, que la Ley de Correos, conforme a la tradición precedente, declaró como "prestado exclusivamente por el Estado" (art. 1.º)[81], agregando la ley que creó el Instituto Postal Telegráfico su "carácter público"[82], estando obligados, por tanto, los particulares a utilizar dichos servicios públicos para el envío de correspondencia[83].

La insuficiencia y deficiencia del servicio público de correo, sin embargo, condujo, primero, de hecho, y luego, con alguna regularización, a la privatización de los servicios de correo, sin concesión. En efecto, el artículo 13.b de la Ley de Correos estableció la posibilidad de que los particulares pudieran ser portadores de correspondencia, entre otros casos, "por estar autorizados, conforme a los Reglamentos, por falta absoluta o poca frecuencia del servicio oficial"; autorización que regulaba el viejo Reglamento de la Ley de Correos de 1938[84]. La verdad fue que de hecho, con o sin dichas autorizaciones, el servicio público de correo se fue privatizando, apareciendo servicios privados de correspondencia paralelos a los públicos, cuya regularización se comenzó a establecer a partir de 1983 mediante el Reglamento sobre Concesión de los Servicios de Correos [85], que aun cuando sin fundamentación legal expresa alguna, previó que "la prestación de los servicios de correos por empresas privadas, requiere de concesión otorgada por actos unilaterales del IPOSTEL, previa opinión favorable del Ministerio de Transporte y Comunicaciones" (art. 1.º), obligando, por tanto, a "las empresas privadas" que estaban "atendiendo los servicios de correos" hasta esa fecha, a adaptarse a la regulación establecida.

En esta forma, frente a la huida fáctica del servicio de correos del régimen del derecho administrativo, mediante el establecimiento del régimen de concesión de los servicios -y aun con precario fundamento legal, dado el carácter exclusivo y excluyente del mismo-, se recuperó para el derecho administrativo el régimen de un servicio público que fácticamente había sido "privatizado".

VII. LA INEXISTENCIA DE ACTOS O DE CONTRATOS ESTATALES EXCLUSIVAMENTE DE DERECHO PRIVADO

Como hemos señalado, los órganos de la Administración Pública, en su actividad, se encuentran siempre sometidos tanto al derecho público como al derecho privado, en un grado de preponderancia que varía de acuerdo a la finalidad y naturaleza de la misma.

El derecho administrativo, y por supuesto el constitucional, es el derecho normal y específico de los mismos, de manera que, incluso algunas actividades públicas sólo están sometidas al derecho público; sin embargo, lo contrario nunca se puede dar, es decir, no puede haber actividades de las administraciones públicas que estén sometidas exclusivamente al derecho privado, o sea que no hay actividad administrativa de derecho privado.

La ficción de la teoría del Fisco, que consideraba al Estado como persona jurídica (Estado-persona) sometida al derecho privado para distinguirla del Estado-poder, que ejercía el poder público y estaba sometido al derecho público[86], quedó en la prehistoria del dere-

81 Decreto Ley n.º 474 del 12 de diciembre de 58, *Gaceta Oficial* n.º 25.841 del 18 de diciembre de 1958.

82 Artículo 1.º de la Ley del Instituto Postal Telegráfico, *Gaceta Oficial* n.º 2.146 Extra. del 28 de enero de 1978

83 Artículo 13 de la Ley de Correos, *Gaceta Oficial* n.º 25.841 del 18 de diciembre de 1958.

84 *Gaceta Oficial* Extra. del 31 de diciembre de 1938.

85 Decreto n.º 2.180 del 28 de julio de 1983, *Gaceta Oficial* n.º 32.784 del 8 de agosto de 1983.

86 El vestigio de dicha teoría se conservó en el artículo 1º de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, hasta que fue derogado por la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, *Gaceta Oficial* n.º 38.198 del 31 de mayo de 2005.

cho administrativo. El Estado, en el constitucionalismo moderno, se personifica en los sujetos de derecho que su forma política implique (en nuestro caso, la forma federal conduce a tres grupos de sujetos de derecho público -la República, los estados y los municipios-), que se derive de su posibilidad de descentralización funcional (personas de derecho público o de derecho privado); y todas esas personas como sujetos de derecho están sometidas tanto al derecho público como al derecho privado, que se les interaplica.

Sin embargo, en ningún caso puede identificarse una persona jurídica estatal que sólo esté sometida al derecho privado; un acto de las entidades estatales que sólo esté sometido al derecho privado, ni un contrato celebrado por los órganos de la Administración Pública sólo sometido al derecho privado. Lo que hay son sujetos de derecho, actos y contratos a los cuales se interaplica el derecho público y el derecho privado, con una preponderancia variable, pero que siempre por su carácter estatal se encuentran sometidos en alguna forma y medida al derecho administrativo.

Por tanto, si bien puede haber actos de las personas jurídicas de derecho público estatales sólo sometidas al derecho público, no puede haber actos de las mismas sólo sometidas al derecho privado. De allí la crítica que hemos formulado a la expulsión que decretó la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia del 18 de julio de 1985, en relación con la naturaleza del Banco Central de Venezuela, respecto de la aplicación del derecho administrativo con relación al funcionamiento de dicho Banco, como persona jurídica de derecho público de naturaleza única (art. 1.º), y cuya existencia, según la Corte, tenía "como único y exclusivo sustento el conjunto de normas de derecho privado comercial que rige la constitución, organización y desenvolvimiento de las compañías anónimas"[87]. Por ello, en cuanto al acto del Presidente de la República de remoción del presidente del Banco Central de Venezuela, que se realiza mediante decreto, acto que la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos define esencialmente como acto administrativo (art. 15), la antigua Corte Suprema consideró que se trataba de un acto revocatorio de un administrador de una compañía anónima dada la forma de sociedad anónima del Banco Central de Venezuela, adoptado por el órgano que sustituye a la Asamblea del Banco por lo que respecta a la provisión de los cargos del directorio del mismo, concluyendo entonces:

En ejercicio pues de una potestad de derecho privado, como órgano sustitutivo de la asamblea en virtud de la Ley del Banco Central de Venezuela -que tiene jurídicamente el mismo valor que el contrato constitutivo de la sociedad (artículo 84 de la Ley de 1939)-, el Presidente de la República revocó la designación del Presidente del Instituto que en uso de la misma facultad había efectuado su antecesor en el cargo (artículo 19 de la Ley vigente).

El empleo de la forma de Decreto para ejercer dicha facultad no era necesaria, porque, como se ha dicho, *no constituyen actos administrativos estatales***,** ni la designación ni la revocación. *Pero se trata de un elemento puramente externo que en nada puede desnaturalizar la esencia del acto de derecho privado ejecutado por el Presidente de la República*[88].

En esta forma, el decreto presidencial de remoción del presidente del Instituto emisor y contralor del crédito y de la estabilidad monetaria en el país, que por sobre todo es un funcionario público y que ejerce potestades públicas, la antigua Corte Suprema lo consideró, de un plumazo, como un mero "acto de derecho privado", le quitó todo carácter de acto administrativo estatal, y todo para excluirlo de control por parte de la jurisdicción contencioso administrativa. Por eso hemos dicho que esta sentencia, al menos como la calificó el

---

87 Véase *Revista de Derecho Público*, n.º 24, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1985, pp. 103-108.

88 *Idem.*

voto salvado, fue "errada" e "incongruente" pues no puede haber actos de órganos del Estado -como el Presidente de la República- sólo regidos por el derecho privado; y menos un decreto del Jefe del Ejecutivo nacional.

Lo mismo puede señalarse respecto de los contratos de la Administración Pública, en el sentido de que no puede haber contratos de derecho privado de los entes públicos que se diferencien respecto de los contratos administrativos[89]. Puede haber, y los hay, contratos del Estado que por su objeto se considera que tienen, a priori, por ejemplo, el contrato de obra pública o la concesión de servicio público, un régimen preponderantemente de derecho público; y otros, un régimen preponderante de derecho privado, como el contrato de suministro de bienes no esenciales, al funcionamiento del Estado pero nunca puede haber un contrato del Estado sometido únicamente al derecho privado. Ello es una imposibilidad esencial, pues al igual que el acto administrativo unilateral, el acto bilateral de un órgano estatal está sometido a normas de competencia y formalidades, en este caso, por ejemplo, de selección de contratistas (licitación), que forman parte del derecho administrativo que les es aplicable.

Por ello hemos cuestionado la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración, como si estos últimos sólo estuviesen sometidos a normas de derecho privado, lo cual es imposible, pues todos los contratos de la Administración están sometidos al derecho administrativo, aun cuando pueda considerarse, a priori, que preponderantemente se les aplica el derecho privado. Por ello, la distinción no tenía ninguna justificación en el país, hasta que la Ley Orgánica de la Corte Suprema de 1976 acogió la noción de contrato administrativo para asignar a la Sala Político Administrativa de la Corte competencia para conocer de las cuestiones que se susciten con motivo de "la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución" de los mismos (art. 42); norma que si bien se repite en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004[90], con la atribución de la competencia a los otros tribunales de la jurisdicción según la cuantía, la distinción carece ahora de utilidad[91].

En todo caso, la norma legal, por supuesto, ha sido objeto de aplicación en múltiples casos, y varias han sido las decisiones del Supremo Tribunal para identificar a los contratos administrativos, habiéndose acogido como criterio, además del objeto vinculado a un servicio público -la verdad es que en nuestro criterio, parecería imposible no encontrar algún contrato de la Administración, en una u otra forma vinculado a un servicio público-, la existencia de cláusulas exorbitantes del derecho común, es decir, que crearen situaciones de privilegio a favor de la Administración contratante, como serían las que le permiten dirigir y controlar la ejecución del contrato; modificarlo unilateralmente, con el debido respeto al principio de la llamada ecuación o equilibrio económico del contrato, y rescindirlo unilateralmente, las cuales, como lo consideró la antigua Corte Suprema, "podrían incluso

89 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "La evolución del concepto de contrato administrativo", *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet,* t. I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1981, pp. 41 y ss. Véase además lo expuesto en JORGE VÉLEZ GARCÍA y ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Contratación Estatal, Derecho Administrativo y Constitución,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia y Pontificia Universidad Javeriana, 1995, pp. 29 y ss.

90 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 37942 del 19 de mayo de 2004

91 Cfr. lo expuesto en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Algunas innovaciones en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia,* Conferencia dictada en el Seminario sobre la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Monteávila, Caracas 9 diciembre 2004, en www.allanbrewercarias.com (Documentos 2004). Cfr. JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ, ¿Subsiste la tesis de los contratos administrativos en la interpretación jurisprudencial de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia?, *Revista de Derecho Público*, n.º 99 y 100, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas 2004, pp. 369 y ss.

ser implícitas, es decir, no figurar en forma expresa en el texto del contrato, y sin embargo, considerarse presentes en el mismo por estar consustanciadas con la naturaleza de la relación jurídica creada". En palabras de la antigua Corte, implícita o expresamente dichas cláusulas están "en los casos en los cuales este poder de supremacía de la Administración se pone de manifiesto justificado por la necesidad de proteger el interés jurídico en forma especial confiado a su competencia"[92].

Por eso, en definitiva, un contrato de la Administración, aun con régimen inicial preponderantemente de derecho privado, podría pasar a ser un "contrato administrativo" y, por tanto, con "régimen preeminentemente de derecho público"[93], si la Administración, por razones de interés general, decide hacer uso de las cláusulas exorbitantes implícitas; razón por la cual la categoría de "contrato administrativo", en definitiva, es una categoría *ex post facto*, cuya existencia misma depende de la voluntad de la Administración[94].

De cualquier forma, sea cual sea el contrato de la Administración en cuanto al régimen jurídico que le es aplicable -preponderantemente de derecho público o de derecho privado-, la tendencia legislativa es a regularlo uniformemente desde el punto de vista del derecho administrativo, por ejemplo, estableciendo un régimen común para la selección de los contratistas en la Ley de Licitaciones, de aplicación general, incluso para la Administración descentralizada[95]; y para el ejercicio del control fiscal de los compromisos financieros por parte de la Contraloría General de la República[96].

En estos casos, aun tratándose de contratos que deban ser suscritos por personas jurídicas de derecho privado estatales, la exigencia de la aplicación a los mismos del procedimiento de selección previsto en la Ley de Licitaciones conduce a que se estime que los entes de derecho privado mencionados actúan en función administrativa, originando relaciones jurídico administrativas sujetas al derecho administrativo y a la jurisdicción contencioso administrativa. En este sentido, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 6 de agosto de 1996 (caso Consorcio Hidroeléctrico Caroní *vs.* CVG-Edelca) ha señalado:

Todos los procedimientos de selección de contratistas que conforme a esa Ley se apliquen, tienen la naturaleza de procedimientos administrativos, aun cuando se trate de aquellos procedimientos especiales que la propia Ley autoriza, en los casos en que exceptúa la aplicación de los regulados en ella. En efecto, cuando una Ley obliga a los sujetos a los cuales se aplica, a utilizar un procedimiento para la selección de sus contratistas, sea cual fuere la naturaleza del contrato que en definitiva se vaya a celebrar, sea cual fuere el tipo de procedimiento aplicable, es obvio que los mismos dan origen a relaciones jurídico-administrativas, sujetas al derecho administrativo y a la jurisdicción contencioso administrativa[97].

---

92 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa del 27 de enero de 1993, caso Hotel Isla de Coche II, en ALLAN R. BREWER-CARÍAS y LUIS ORTIZ ÁLVAREZ, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa,* cit. p. 194.

93 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa del 17 de noviembre de 1994 (consultada en original).

94 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Contratos Administrativos*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1992.

95 Artículo 2 de la Ley de Licitaciones, *Gaceta Oficial* n.º 5.556 Extra. del 13 de noviembre de 2001.

96 Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, Ley n.º 59, *Gaceta Oficial* n.º 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

97 Consultada en original.

Por lo demás, el régimen común a todos los contratos de la Administración parte de la noción de "contratos de interés público" que consagra la Constitución, que pueden ser de interés público nacional, estadal o municipal, no en cuanto a su objeto y naturaleza, sino en cuanto a que sean suscritos por entidades que formen parte de la Administración Pública nacional -incluso la descentralizada con forma de derecho privado, como las empresas del Estado-, de la Administración Pública estadal o de la Administración Pública municipal, respectivamente[98].

VIII. LA PUBLICIZACIÓN PROGRESIVA DEL DERECHO PRIVADO

El proceso de intervención del Estado en la economía, mediante potestades reguladoras u ordenadoras de la misma, antes que mostrar una huida de regulación del derecho administrativo, más bien lo que muestra es un proceso de publicización de campos de actividad que en su origen estaban sólo regulados por el derecho privado.

En esta forma, el derecho administrativo fue penetrando progresivamente en el campo que era propio del derecho civil o mercantil, con particulares incidencias en la autonomía de la voluntad contractual. La primera de estas penetraciones importantes ocurrió en los años cuarenta con la regulación de los arrendamientos urbanos, régimen que desembocó en la Ley de Regulación de Alquileres de 1960, mediante la cual se permitió a la Administración interferir en una parte tan medular de los contratos de arrendamiento como la fijación del canon o la terminación de los mismos, al regularse las causales de desalojo y el derecho de preferencia del arrendador a continuar arrendando el inmueble[99]. La Administración Pública, en esta forma, intervino en la relación contractual mediante actos administrativos, la mayoría dictados en función jurisdiccional, cuyo control incluso dio origen a una jurisdicción contencioso administrativa especial -el Tribunal de Inquilinato- que luego se integró en la jurisdicción contencioso administrativa general[100].

Por otra parte, la intervención progresiva del Estado en la regulación del régimen de los bancos y otras instituciones financieras[101] y de las empresas de seguro[102] ha hecho del derecho comercial bancario o de seguros mitad derecho público, mitad derecho privado, dado el amplio poder que se ha atribuido a la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras y la Superintendencia de Seguros en el control de las actividades, y que ha llevado a dichos organismos, en algunos casos, a calificar y desnaturalizar contratos como consecuencia de su intervención, lo cual incluso ha sido corregido por la jurisprudencia contencioso administrativa[103].

---

98 Artículos 150 y 151 de la C. de 1999. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Los contratos de interés nacional y su aprobación legislativa" en *Estudios de Derecho Público (Labor en el Senado),* t. I, Caracas, Congreso Nacional, 1983, pp. 183 y ss.

99 Ley de Regulación de Alquileres, *Gaceta Oficial* n.º 26.319 del 1 de agosto de 1960. Dicha Ley fue derogada por la Ley sobre Arrendamientos Inmobiliarios de 1999, decreto ley 427, *Gaceta Oficial* n.º 36.845 del 7 de diciembre de 1999

100 Véase resolución n.º 861 del 9 de mayo de 1991 del antiguo Consejo de la Judicatura, *Gaceta Oficial* n.º 34.775 del 13 de agosto de 1991.

101 Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, decreto ley n.º 1.526, *Gaceta Oficial* n.º 5.555, Extra. del 13 de noviembre de 2001

102 Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, decreto ley n.º 1.545, *Gaceta Oficial* n.º 5.561 Extra. del 28 de noviembre de 2001; Ley del Contrato de Seguro, decreto ley n.º 1.505, *Gaceta Oficial* n.º 5.553 Extra. del 12 de noviembre de 2001

103 Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa del 15 de junio de 1994, caso Banco Hipotecario Unido (consultada en original).

Otro tanto debe señalarse respecto de las regulaciones relativas a los títulos valores, otrora materia exclusivamente regulada por el Código de Comercio, y que con la promulgación de la Ley de Mercado de Capitales y la regulación de las bolsas de valores[104] ha dado origen, incluso, a un derecho público del mercado de valores[105]. La Comisión Nacional de Valores, en el cumplimiento de sus atribuciones, con frecuencia las ejerce en función jurisdiccional, habiendo llegado en su intervención a penetrar en la autonomía empresarial y contractual a veces más allá de lo permitido, calificando actos y acciones en forma distinta a lo establecido por las partes, lo que ha sido objeto de control contencioso administrativo[106].

Por último, en este proceso progresivo de publicización del derecho privado, debe mencionarse el régimen legal de promoción y protección de la libre competencia[107], ahora de rango constitucional (art. 113), que atribuye a la Superintendencia de Promoción y Protección a la Libre Competencia amplios poderes de control y decisión sobre conductas y cláusulas contractuales que puedan ser anticompetitivas y contrarias a la ley, los que ejerce en función jurisdiccional. La consecuencia de la declaración por la Superintendencia del carácter restrictivo de la libre competencia de determinada cláusula contractual es la consideración *ex lege* de su nulidad (art. 57), quedando dicha materia fuera de la jurisdicción de los tribunales mercantiles, como lo ha decidido la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa[108].

En esta forma, lejos de perder áreas de regulación, el derecho administrativo ha venido penetrando progresivamente en campos tradicionales del derecho privado, más allá de las clásicas actividades de la llamada “administración del derecho privado” como podían ser, por ejemplo, las relativas al régimen del registro público inmobiliario[109].

IX. LA CONFIGURACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Un último aspecto debe destacarse en cuanto al proceso de penetración del derecho administrativo en áreas tradicionales del derecho privado, y es el relativo a la configuración del régimen de la responsabilidad administrativa, tema de primera importancia en nuestra disciplina y que a pesar de su constitucionalización en el artículo 140 C. de 1999, no ha tenido un desarrollo autónomo[110].

---

104 Ley de Mercado de Capitales del 22 de octubre de 1998, *Gaceta Oficial* n.º 36.565 del 22 de octubre de 1998.

105 Cfr. Antonio Jiménez-Blanco, *Derecho Público del Mercado de Valores*, Madrid, 1989; Allan R. Brewer-Carías, *El régimen Legal de las ofertas públicas de adquisición de acciones y de toma de control de empresas*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001.

106 Cfr. Allan R. Brewer-Carías et ál, *El caso del Banco de Venezuela*, t. I, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1995.

107 Ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia, *Gaceta Oficial* n.º 34.880 del 13 de enero de 1992. Cfr. Allan R. Brewer-Carías et ál., *Ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1996.

108 Véase sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa del 29 de mayo de 1996, caso Heinz-Kraft (consultada en original).

109 Cfr. Allan R. Brewer-Carías, “La impugnación de los actos administrativos de registro ante la jurisdicción contencioso administrativa”, *Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez Covisa,* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1975, pp. 459 y ss.

110 Cfr. Luis A. Ortiz Álvarez, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1995; José Ignacio Hernández G., *Reflexiones críticas sobre las bases constitucionales*

Cuando nos ocupamos por primera vez del tema hace más de cuatro décadas y conforme a la situación de la época de nuestro ordenamiento jurídico aplicado por la antigua Corte Suprema, distinguimos entre la responsabilidad de la Administración por falta o riesgo regida por los principios del Código Civil, y la obligación del Estado de indemnizar a los particulares por los daños causados por sus actividades lícitas[111] que aquellos no estaban obligados a soportar, incluyendo la expropiación, los cuales significaban la ruptura del principio de la igualdad ante las cargas públicas. El tema ha sido estudiado por todos los que se han ocupado del derecho administrativo desde que en el famoso *arrêt Blanco* del 8 de febrero de 1873 el Tribunal de Conflictos de Francia estableció que:

> La responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de las personas que emplea en el servicio público, no puede estar regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular; que esta responsabilidad no es general, ni absoluta; que ella tiene sus reglas propias que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados[112].

Por tanto, pregonar como pieza esencial del derecho administrativo un régimen propio de la responsabilidad administrativa es tan viejo como el derecho administrativo mismo. Pero este, en cada país, se ha ido moldeando conforme a las normas y principios del ordenamiento aplicable por los tribunales; y la verdad es que en esta materia la jurisprudencia contencioso administrativa había sido relativamente escasa en cuanto a la configuración del régimen de la responsabilidad[113]. Sólo ha sido a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 que la Sala Político Administrativa y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo han venido avanzando en ello, tal como se ha analizado anteriormente (*Introducción general, XII*).

De ello, lo que interesa retener aquí es que en cuanto a la responsabilidad por hecho ilícito, por supuesto, sigue rigiendo el derecho civil; y lo mismo se puede decir de la responsabilidad por riesgo. En cuanto a la responsabilidad por daños causados por actividades legítimas y lícitas, en su regulación ha penetrado el derecho administrativo, no sólo desde antaño con la figura de la expropiación que tiene individualidad propia[114], sino con las previsiones de la derogada Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio[115].

En esta forma, el derecho administrativo, en la configuración de la responsabilidad del Estado, conforme a la orientación del derecho comparado y aun tardíamente, ha penetrado definitivamente en el derecho privado, y sin dejar de aplicarse las normas del Código Civil para exigir la responsabilidad administrativa con falta, ha impuesto sus propias normas y principios respecto de la responsabilidad administrativa sin falta originada en actuaciones lícitas, pero sin que de ello pueda derivarse que se haya establecido un régimen general de

---

de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Análisis de la interpretación dada al artículo 140 de la Constitución de 1999, Caracas, 2004.

111 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana,* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1964, p. 417 y ss.

112 M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBART, P. DELVOLVE y B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative,* París 1990, p. 15.

113 Cfr. LUIS A. ORTIZ ÁLVAREZ, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, cit.

114 Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social, *Gaceta Oficial* n.º 37.475 del 1 de julio de 2002. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS et ál., *Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002.

115 *Gaceta Oficial* n.º 3.238 Extra. del 11 de agosto de 1983.

responsabilidad objetiva general del Estado[116], o que la responsabilidad administrativa esté regida exclusivamente por el derecho administrativo.

X. LA EXPANSIÓN DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Como puede apreciarse de todo lo anteriormente señalado, en el proceso de freno o detención de la huida del derecho administrativo, de recuperación de áreas de regulación perdidas y de afianzamiento de su estatuto, el papel más importante en el mismo lo han desempeñado los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa los cuales han pasado a ser, como lo exige la Constitución, jueces de todas las administraciones públicas.

En efecto, como hemos señalado, han sido los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa los que han venido moldeando el régimen jurídico aplicable a las organizaciones estatales tanto con formas de derecho privado como con forma de derecho público, lo que se evidencia con la tendencia integradora del sector público y de su sometimiento completo a normas de derecho público. Por ello, ha sido frecuente el control ejercido por los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa en relación con actos administrativos adoptados por empresas del Estado, constituyendo este sólo hecho de que se consideren como actos administrativos decisiones dictadas por personas jurídicas de derecho privado mercantil, una reacción recuperadora importante respecto de áreas que rige el derecho administrativo[117].

En otros casos, sobre la reacción recuperadora del derecho administrativo, han sido los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, por ejemplo, los que han quitado el velo de la personalidad jurídica de derecho privado otorgado a una organización administrativa, que por las funciones y poderes que le fueron atribuidas era más un instituto autónomo que una fundación del Estado y, por tanto, sujeto al derecho administrativo con más preponderancia de lo que había sido la intención al crearla[118].

En el campo de la función pública, también, como se ha señalado, han sido los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa y particularmente del desaparecido Tribunal de la Carrera Administrativa los que, a pesar de la laboralización progresiva del régimen de los funcionarios públicos, en algún momento afianzaron el carácter estatutario del régimen, aplicable, incluso, a los funcionarios contratados[119].

Por otra parte, han sido los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa los que han venido ampliando el concepto de acto administrativo, a pesar de que en casos aislados, como se ha visto, los criterios fueran restrictivos. En todo caso, ha quedado claramente establecido por la jurisprudencia contencioso administrativa, que todo acto administrativo puede ser objeto de control contencioso administrativo, por lo que no puede haber actos administrativos que queden excluidos de control[120]. Es la tendencia a la universalidad

---

[116] Como lo ha dicho la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia del 15 de junio de 2000, *Revista de Derecho Público,* n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 241 y ss.

[117] Por ejemplo, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo consideró como acto administrativo los adoptados por empresas del Estado en aplicación del procedimiento licitatorio regulado en la Ley de Licitaciones; véase sentencia del 6 de agosto de 1996, caso Consorcio Hidroeléctrico Caroní *vs*. CVG Edelca (consultada en original).

[118] Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa del 15 de julio de 1992, caso Arquímedes Fajardo (consultada en original).

[119] Sentencia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo 10 de noviembre de 1994, caso Teófilo Gutiérrez *vs.* INOS (consultada en original).

[120] Véase, p. ej., la citada sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa del 11 de agosto de 1993 en la cual se afirmó que “la jurisdicción contencioso administrativa [...] abarca, sin excepción, a todos los

del control, que hemos destacado en otro lugar[121], lo que ha permitido, como hemos señalado, someter a control de legalidad y constitucionalidad los actos administrativos dictados por las administraciones públicas en función normativa y jurisdiccional, así como los actos administrativos dictados por otros órganos del Estado distintos a la Administración Pública y por entes de derecho privado o de derecho público no estatales, y por particulares dictados en función normativa o administrativa[122].

Debe destacarse que a pesar de la expansión del contencioso administrativo con relación a su objeto de control y a la presencia del derecho administrativo, hasta el año 2004 no se había constituido en la jurisdicción especial de la Administración Pública. Es decir, la jurisdicción contencioso administrativa no constituía un fuero judicial específico del conjunto de sujetos de derecho que personifican al Estado, su organización y funcionamiento, ni del ejercicio de la función administrativa o de la actividad de la Administrativa Pública del Estado.

En efecto, tal como estaba regulada en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema del Justicia (arts. 42.15, 182.2 y 185.6), la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa en materia de demandas contra los entes estatales, sólo se refería a las demandas contra la República y contra los institutos autónomos y las empresas del Estado nacionales[123]. En esta forma quedaba fuera del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, en primera instancia, las demandas contra los estados y municipios y contra los institutos autónomos y empresas del Estado estadales o municipales, aun cuando en segunda instancia conocieran de estas causas los tribunales superiores contencioso administrativos, mediante apelación. Ante estas regulaciones, sin embargo, la forma de penetración de la jurisdicción contencioso administrativa en campos que normalmente le estaban excluidos, como el de las demandas contra los estados y municipios, fue a través de la teoría de los actos separables, lo que permitió someter al conocimiento de la jurisdicción los actos administrativos unilaterales que se podían aislar de una relación jurídica contractual que se hubiera podido concebir como "de derecho privado" y cuyo conocimiento, por tanto, no correspondería a la jurisdicción contencioso administrativa[124].

En todo caso, en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de 2004, al reformarse las normas que transitoriamente rigen el contencioso administrativo, puede decirse que se ha buscado configurar a la jurisdicción contencioso administrativa como un fuero de la Administración Pública, en su globalidad, de manera que para que la misma juzgue la actuación de esta no sea necesario acudir a mecanismos indirectos como el señalado. En efecto, en cuanto a las demandas contra los entes públicos, el artículo 5.º, párrafo 1º, 24 atribuyó a la Sala Político Administrativa competencia para "conocer de las demandas que se propongan contra la República, los Estados, los municipios, o algún Instituto Autónomo, ente público o empresa, en la cual la República ejerza un control decisivo y permanente, en cuanto a su

---

actos administrativos" por lo que desaplicó, por inconstitucional, el art. 519 de la Ley Orgánica del Trabajo que excluía el recurso contencioso administrativo contra las decisiones de los inspectores del trabajo favorable a los sindicatos, *Revista de Derecho Público* n.º 55 y 56, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1993, p. 390.

121 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1993, pp. 19 y ss.

122 *Idem,* pp. 25 y ss.

123 Así se había interpretado por los órganos de la jurisdicción al aplicar la expresión "empresas del Estado", reservando la jurisdicción sólo a las nacionales. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela*, cit. pp. 44 y ss.

124 Véase, p. ej., sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa de 26 de junio de 1990, caso Karl Wuff, *Revista de Derecho Público* n.º 43, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1990, pp. 97 a 99.

dirección o administración se refiere". La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo en sentencia 1315 del 8 de septiembre de 2004, además, aplicando el principio de la unidad de competencia, estableció la competencia de los tribunales contencioso administrativos, cuando sean los entes públicos los demandantes contra particulares[125].

Pero un aspecto de primera importancia, aun no resuelto totalmente en la jurisprudencia contencioso administrativa misma, es el de que supuestamente los actos administrativos sometidos a conocimiento de los órganos de dicha jurisdicción serían sólo aquellos sujetos al derecho administrativo –como si pudiera haber actos administrativos no sujetos a nuestra disciplina–, lo que ha permitido excluir del conocimiento de ellos actos administrativos supuestamente no sujetos al derecho administrativo. El artículo 259 C., que precisa la competencia de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa para anular los actos administrativos contrarios a derecho, no distingue entre actos administrativos sujetos o no al derecho administrativo, por lo que el sólo planteamiento de esta posibilidad es inconstitucional.

Lamentablemente, en Venezuela, fue la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa la que introdujo el tema, quizás por la inadecuada interpretación del texto del artículo 1.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española que al definir la competencia de esta la refiere a "las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al derecho administrativo"[126].

Pero una cosa es hablar de "actos de la Administración" y otra de "actos administrativos". No todos los actos de la Administración están sujetos al derecho administrativo[127], pero todos los actos administrativos sí están sujetos al derecho administrativo. Lamentablemente las cosas se han mezclado, y la conclusión ha sido que en ciertos casos se ha resuelto que algunos actos administrativos no están sujetos al derecho administrativo.

En nuestro criterio, no puede haber un acto administrativo que no esté "sujeto al derecho administrativo", por lo que la definición de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa referida sólo a conocer de actos administrativos sujetos al derecho administrativo, en nuestro criterio, no tiene sentido. Como se ha señalado, la interaplicación del derecho público y del derecho privado a las administraciones públicas es normal en el régimen de estas, con preponderancia de uno u otro, pero lo que no puede darse es un acto administrativo o una Administración Pública que sólo se rija por el derecho privado.

En una vieja sentencia de 1959, la antigua Corte Federal había precisado que "en toda pretensión que se proponga ante el órgano jurisdiccional contencioso administrativo, debe examinarse previamente si cae dentro de la esfera de esta jurisdicción por estar fundada en preceptos de derecho administrativo; porque ni una pretensión de este tipo puede ser deducida ante jurisdicción distinta, ni una pretensión con otro fundamento podrá ser examinada

---

125 Caso Declinatoria de competencia, Alejandro Ortega O. *vs.* Banco Industrial de Venezuela, *Revista de Derecho Público*, n.º 99 y 100, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 298 y ss.

126 Véase, p. ej., la expresa indicación al antecedente español que se hace en la sentencia Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa del 5 de junio de 1986, caso Fetraeducación, *Revista de Derecho Público* n.º 27, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1986 pp. 106 y ss. La redacción de la norma española, incluso, influyó en la redacción del artículo 1º del proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa propuesto en la década de los ochenta por la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado, en el cual se disponía: "Art. 1.º. La presente Ley regula la jurisdicción contenciosa prevista en el artículo 206 de la Constitución como la encargada de conocer las pretensiones relativas a la legalidad de los actos de la Administración Pública sujetos al derecho administrativo, así como las pretensiones que se deduzcan contra su actividad legal", Cfr. en *Fortalecimiento del Estado de Derecho,* Vol. 5, Caracas, Comisión para la Reforma del Estado, 1990, p. 331.

127 Véase, p. ej., lo resuelto en sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 22 de diciembre de 1993, *Revista de Derecho Público*, n.º 55 y 56, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1993, p. 206.

ante la jurisdicción contencioso administrativa"[128]. Conforme a este criterio, la antigua Corte Suprema de Justicia como órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, por ejemplo, declaró su incompetencia para conocer de un asunto que en definitiva se concretaba a definir la propiedad de unas tierras que habían sido objeto de una decisión municipal[129], pero nunca dejó de conocer de la impugnación de un acto administrativo por considerar que no estaba sujeto al derecho administrativo.

Pero posteriormente, en un sentencia del 5 de junio de 1986 y tratándose de la impugnación de una resolución del Ministerio de Educación que había ordenado descontar un día de salario a los obreros al servicio de su despacho, que evidentemente un acto administrativo (art. 16 LOPA), la antigua Corte concluyó señalando que se encontraban fuera de su ámbito de control "los actos de la Administración Pública emitidos con arreglo a otras ramas del ordenamiento jurídico positivo (civil, mercantil, laboral, etc.)", siendo de su competencia, en cambio, "el conocimiento de las pretensiones que se dirijan a impugnar actos emitidos por los órganos de la Administración Pública en ejecución de normas de derecho Administrativo"[130].

El tema, por supuesto, es de primera importancia, pues se trata de establecer cuándo hay una relación de derecho administrativo y cuándo no la hay. La Corte Suprema ha razonado en torno a ello, así:

Para que una relación de derecho administrativo aparezca, es necesario, por una parte que el Estado intervenga en la relación jurídica de que se trate, haciendo de la norma jurídica una norma obligatoria [...] Es decir, que el propio Estado acuda, a su poder de coacción, montando además un aparato administrativo encargado de la puesta en marcha, aplicación y ejecución de esa normativa jurídico pública[131].

Por tanto, de acuerdo a ello, el acto administrativo de un ministro que ordenó descontar un día de salario a todos los obreros al servicio del ministerio por haber realizado una huelga, pues conforme a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República no podía ordenar el pago de dicho salario por no tener el gasto la necesaria justificación, era sin duda un acto administrativo sometido al derecho administrativo. Sin embargo, la Corte no lo interpretó así y lo consideró como sometido al derecho del trabajo, excluyéndolo del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa[132]. En cambio, en sentencia del 30 de marzo de 1987, la misma Corte Suprema, ante la impugnación de un acto administrativo del Ministerio del Trabajo convocando a una convención obrero patronal para un tipo de actividad empresarial para negociar y concluir un contrato colectivo para esa rama empresarial, lo consideró, sin embargo, como "de naturaleza administrativa y no directa y estrictamente laboral", y por tanto del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa[133].

Precisamente, a esta variabilidad de decisiones es a lo que conduce, en un mundo de interaplicación del derecho público y del derecho privado a los órganos de las administraciones públicas, la adopción de un criterio tan impreciso para definir la competencia de los

---

128 Sentencia 3 de diciembre de 1959, *Gaceta Forense,* n.º 26, Caracas, Ministerio de Justicia, 1959, p. 142.

129 Véase Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa del 21.3.65 en ALLAN R. BREWER-CARÍAS y LUIS ORTIZ ÁLVAREZ, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa,* cit., p. 459.

130 Caso Fetraeducación, *Revista de Derecho Público* n.º 27, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1986 pp. 106 a 114.

131 Idem

132 Idem

133 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa del 30 de marzo de 1987, caso ANSA, *Revista de Derecho Público* n.º 33, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1988, pp. 124 a 125.

órganos de la jurisdicción contencioso administrativa que de ser sólo respecto de los actos de la Administración sujetos al derecho administrativo ha pasado a ser de actos administrativos supuestamente no sujetos al derecho administrativo. Ello ha provocado, con criterios variables, un amplio aliviadero en la presa que necesariamente debe ser la jurisdicción contencioso administrativa, y que puede permitir el indebido escurrimiento de asuntos que deben ser juzgados por la misma.

En todo caso, lo que constitucionalmente es claro es que todo acto administrativo está sujeto a control contencioso administrativo por parte de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, por lo que cualquier exclusión de un acto administrativo de control judicial de su conformidad con el derecho, es inconstitucional.

Por supuesto, además de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa ordinaria (Tribunal Supremo de Justicia, cortes de lo contencioso administrativo y tribunales superiores de lo contencioso administrativo) hay otros Tribunales de la Jurisdicción contencioso administrativa especial que conocen de la nulidad de actos administrativos, por lo que puede hablarse del contencioso tributario[134] y del contencioso agrario[135].

En materia laboral, hasta 2000, además, también podría hablarse de un contencioso administrativo especial laboral, en los casos en los cuales los tribunales del trabajo debían conocer de la impugnación de actos administrativos[136]. En efecto, de acuerdo con los artículos 425, 465 y 519 de la Ley Orgánica del Trabajo, correspondía a la jurisdicción contencioso administrativa y queda excluido de la jurisdicción laboral el conocimiento de los recursos que se ejercieran contra decisiones del Ministro del Trabajo en los casos de negativa de registro e inscripción de organizaciones sindicales, o en los casos de oposiciones a convocatorias para negociaciones de convenciones colectivas. En cambio, como lo había dicho la antigua Corte Suprema de Justicia, correspondía a la jurisdicción laboral que se regula en los artículos 5.º y 655 de la Ley Orgánica del Trabajo “conocer de los recursos contencioso administrativos de anulación contra las decisiones de las autoridades del trabajo dictadas en aplicación de las normas de dicha Ley que regulan su ‘parte administrativa’ a que se refiere su artículo 586”, como las dictadas en los procedimientos de calificación de despido o de solicitudes de reenganche, por motivo de las inamovilidades que la misma ley contempla (art. 456)[137].

Esta interpretación ha cambiado radicalmente a favor de la jurisdicción contencioso administrativa por la interpretación vinculante de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo establecida en sentencia 1318 del 2 de agosto de 2002, mediante la cual estableció que es competencia de la jurisdicción contencioso administrativa conocer de los recursos de nulidad ejercidos contra las decisiones provenientes de los órganos de la Administración del Trabajo. A cuyo efecto, en sentencia posterior del 20 de noviembre de 2002 (caso: Ricardo Baroni Uzcátegui), la misma Sala precisó la distribución de competencias entre los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de las distintas pretensiones que se planteen en relación con los actos administrativos dictados por los inspectores del trabajo, concluyendo en lo siguiente:

---

[134] Código Orgánico Tributario, Ley n.º 42, *Gaceta Oficial* n.º 37.305 del 17 de octubre de 2001.

[135] Véase, p. ej., sentencias Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa del 30 de septiembre de 1982, 11 de agosto de 1983, y del 19 de julio de 1994, citadas en *Revista de Derecho Público*, n.º 50, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1992, p. 192.

[136] Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa del 9 de abril de 1992, caso Bamundi, *Revista de Derecho Público*, n.º 50, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1992, p. 192.

196. Idem, pp. 190 a 191.

La jurisdicción competente para el conocimiento de las pretensiones de nulidad de los actos administrativos que dicten las Inspectorías del Trabajo, así como de cualquier otra pretensión -distinta de la pretensión de amparo constitucional- que se fundamente en las actuaciones u omisiones de dichos órganos, es la jurisdicción contencioso administrativa[138].

De cualquier manera, frente a los intentos de huida del derecho administrativo que se han analizado, y que por sobre todo pueden implicar que determinados actos o relaciones jurídicas escapen del sistema de garantías jurídicas que los administrados tienen frente al poder, el muro de contención está en la jurisdicción contencioso administrativa. Esta es competente conforme al artículo 259 C., para anular los *actos administrativos* generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en *responsabilidad de la Administración*; conocer de reclamos por la prestación de *servicios públicos* y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la *actividad administrativa*.

El ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, por tanto, gira en torno a la interpretación que los órganos de la misma han dado y den a las expresiones *acto administrativo*, *Administración, servicio público* y *actividad administrativa,* las cuales, como se ha visto, son conceptos claves del derecho administrativo. Por ello, en definitiva no sólo la construcción de nuestra disciplina sino también la detención del proceso de huida del derecho administrativo han correspondido en Venezuela, fundamentalmente, a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativo, tareas en las cuales han realizado una encomiable labor, aun cuando en algunos aspectos no exenta de críticas.

---

138 Véase las referencias a estas sentencias, en sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 13 de marzo de 2003, caso Puerto Viejo Marina A.C. *vs*. Inspectoría del Trabajo del Estado Vargas, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 397 y ss. Cfr. RICARDO BARONI UZCÁTEGUI "¿Quién conoce los recursos de nulidad contra actos administrativos emanados de las inspectorías del trabajo sobre derechos individuales de los trabajadores?", *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, vol. I, cit. pp. 233 a 253.

§ 4. Conclusión introductiva: un panorama general del derecho administrativo

Como esta obra tiene por objeto estudiar el derecho administrativo, rama del derecho cuyo contenido es amplio, dinámico y cambiante, a manera de *conclusión* de esta *Primera parte* hemos querido enunciar el *panorama* de nuestra disciplina, anunciando y analizando brevemente los temas centrales de la misma, que serán objeto de estudio detallado en los tomos subsiguientes de la obra[1].

I. BASE CONSTITUCIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La regulación fundamental sobre la Administración Pública en Venezuela está en la propia Constitución de 1999[2], en la cual, en el capítulo I, "De las disposiciones generales", del título IV sobre "El poder público", se incorporó una Sección Segunda: "De la Administración Pública", con tres artículos: el 141, que establece los principios de la Administración Pública; el 142, sobre la creación de entidades descentralizadas, y el 143, que consagra el derecho a la información administrativa y de acceso a los documentos oficiales. Dichas normas, por supuesto, se aplican a todo el universo de órganos que conforman la Administración Pública, y no sólo a los que ejercen el poder ejecutivo.

En efecto, en Venezuela, conforme a la forma federal del Estado, integran la Administración Pública, ante todo, los órganos de las personas jurídicas estatales que en tres niveles territoriales integran la Federación, es decir, de la República, de los estados, de los municipios, y *que ejercen el poder ejecutivo*. Estos órganos son los que en general se identifican en el lenguaje jurídico común como "el poder ejecutivo", que comprende a la Presidencia de la República y a los ministerios a nivel nacional (Ejecutivo nacional), y a las gobernaciones de los estados en el nivel estadal (Ejecutivo estadal) y a las alcaldías municipales (Ejecutivo municipal) en el nivel municipal. Esos órganos conforman lo que se denomina en general la "Administración central". Pero también integran la Administración Pública las entidades descentralizadas funcionalmente de las mencionadas personas estatales político territoriales, que actúan siempre adscritas y bajo el control de tutela de los órganos que en los tres niveles territoriales ejercen el poder ejecutivo, sea que hayan sido constituidas mediante ley con forma jurídica de derecho público, como por ejemplo, los institutos autónomos, o con forma jurídica de derecho privado, como por ejemplo, las empresas o fundaciones del Estado. Estos órganos conforman lo que se denomina en general la "Administración descentralizada".

Pero una descripción como la anterior de la Administración Pública en sentido orgánico, sin duda, en Venezuela es insuficiente, pues hay otros órganos de las personas jurídicas estatales político territoriales que si bien son parte de la Administración Pública, sin em-

---

1 Véase ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Panorama del derecho administrativo en Venezuela", en SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (coord.), *El derecho administrativo Iberoamericano,* Union Iberoamericana de Municipalistas, Granada 2005. Las referencias bibliográficas que se hacen en este parágrafo, se refieren en su mayoría, solo a trabajos del autor.

2 Cfr. sobre el régimen constitucional relativo a la Administración Pública, íd. *La Constitución de 1999. Derecho constitucional venezolano*, t. I, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 276 y ss.

bargo no ejercen el poder ejecutivo. En consecuencia, si bien todos los órganos del Estado que ejercen el poder ejecutivo están integrados en la Administración Pública, sin embargo, no todos los órganos que conforman la Administración Pública ejercen el poder ejecutivo del Estado, pues hay órganos de la Administración Pública que no dependen jerárquicamente del Presidente de la República, de los gobernadores ni de los alcaldes, por ejercer otros poderes públicos distintos del poder ejecutivo.

Concentrándonos en el nivel nacional del Estado, la Constitución (art. 136) ha establecido una penta división del poder público, dividiendo al poder público nacional en las ramas legislativa, ejecutiva, judicial, ciudadano y electoral, a cargo de órganos estatales autónomos e independientes entre sí. Por ello, además de aquellos que ejercen el poder ejecutivo, los órganos estatales que ejercen el poder ciudadano (el Ministerio Público o Fiscalía General de la República, la Contraloría General de la República y la Defensoría del Pueblo) y el poder electoral (el Consejo Nacional Electoral y sus juntas y comisiones), si bien son autónomos e independientes del poder ejecutivo nacional y de los otros poderes públicos, sin embargo también son órganos que forman parte de la Administración Pública de la República, aun cuando no sean parte de la "Administración central". Igualmente, también conforman la Administración Pública de la República los órganos de administración y gobierno del poder judicial dependientes del Tribunal Supremo de Justicia, en particular la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y sus diversas dependencias.

Para regular específicamente a la Administración Pública central de la República (que ejerce el poder ejecutivo nacional) y a la Administración Pública descentralizada nacional se ha dictado la Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP)[3]. Sus normas, sin embargo, también se aplican en general supletoriamente a las Administraciones Públicas estadales y municipales, y "a los demás órganos del poder público" (art. 1.º) distintos al poder ejecutivo.

Ahora bien, todo este complejo orgánico del Estado, que es la Administración Pública, la Constitución dispone que "está al servicio de los ciudadanos" (art. 141); lo que reitera el artículo 3.º LOAP., en la cual se ha sustituido la expresión "ciudadanos" por "particulares", agregando que en su actuación la Administración Pública debe dar preferencia a la atención de los requerimientos de la población y a la satisfacción de sus necesidades (art. 5.º).

Por su parte, el artículo 3.º LOAP agrega que el "principal objetivo" de la organización y funcionamiento de la Administración Pública es dar eficacia a los principios, valores y normas consagrados en la Constitución y, en especial, conforme se indica en el artículo 19 C., "garantizar a todas las personas, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos". Por ello, el artículo 5.º LOAP también precisa que la Administración Pública debe asegurar a los particulares la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella; y además, debe tener entre sus objetivos la continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas, de acuerdo con las políticas fijadas y los recursos disponibles.

Pero adicionalmente a la connotación orgánica, en el derecho administrativo venezolano, la expresión Administración Pública tiene asimismo un sentido material al identificar también unas *actividades* realizadas con vistas a satisfacer un interés general del Estado o de la sociedad, generalmente por los órganos que la integran.

---

[3] Cfr. sobre el régimen legal de la Administración Pública, ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Introducción general al régimen jurídico de la Administración Pública" en íd. et ál. *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 13 y ss.

Estas actividades se caracterizan ante todo, conforme al sistema de formación del derecho por grados que adopta la Constitución, porque son siempre de carácter sublegal, pues se trata de actividades realizadas en ejecución directa e inmediata de la legislación, y sólo indirecta y mediata de la Constitución. Esta actividad administrativa, por otra parte, no sólo la cumplen los órganos de la Administración Pública en sentido orgánico antes identificados (órganos de las personas jurídicas estatales que ejercen el poder ejecutivo, el gobierno y administración del poder judicial, el poder ciudadano y el poder electoral), sino también otros órganos del Estado como los que ejercen el poder legislativo (la Asamblea Nacional, los consejos legislativos de los estados y los concejos municipales), o el poder judicial (el Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República) cuando ejercen la función administrativa (p. ej. administran su cuerpo de funcionarios o entran en relación con los particulares) o la función normativa de carácter sublegal emitiendo, por ejemplo, actos reglamentarios. La actividad administrativa como objeto del derecho administrativo, por ello, está también esencialmente vinculada al ejercicio de las diversas funciones del Estado (normativa, política, administrativa, jurisdiccional y de control).

Además, la actividad administrativa que interesa al derecho administrativo muchas veces se realiza por particulares o por personas jurídicas de derecho privado e, incluso, de carácter no estatal, pero que en virtud de la expresa previsión de ley ejercen prerrogativas del poder público. Así sucede, por ejemplo, con ciertos actos de las universidades privadas o de las federaciones deportivas, como serían los actos sancionatorios, en esos casos regulados respectivamente en la Ley de Universidades o en la Ley del Deporte, y que son considerados como actos administrativos[4].

Finalmente, no toda la actividad que realizan algunos órganos que configuran la Administración Pública del Estado, como por ejemplo la que realiza el Presidente de la República, constituye actividad administrativa, sino, como se ha dicho, sólo las actividades que sean de carácter sublegal. El Jefe del Ejecutivo nacional y otros órganos del Estado, en efecto, además de realizar actividades en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución, ejerce actividades que son formal y sustancialmente distintas de la anterior, realizadas en ejecución directa e inmediata de la Constitución, como son las actividades políticas (o de gobierno)[5]. Por ello, la actividad administrativa que interesa al derecho administrativo, como antes se ha señalado, está esencialmente vinculada al sistema de formación del derecho por grados[6].

Por otra parte, debe indicarse que si bien la Administración Pública, tanto en su connotación orgánica como en su sentido material, constituye el objeto por excelencia del derecho administrativo, no todo el derecho que regula a la Administración Pública, es decir, a los órganos estatales que la conforman o a las actividades administrativas, es derecho administrativo. En otros términos, en el mundo del derecho no existen sujetos de derecho o actividades respecto de los cuales pueda decirse que exclusivamente se rigen por una sola rama del derecho. Así como no se puede decir que las sociedades anónimas sean sujetos de

---

[4] Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Estado de derecho y control Judicial*, Alcalá de Henares y Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1987, pp. 498 y ss.

[5] Cfr. íd., *Instituciones Políticas y Constitucionales*, t. VI, "La justicia constitucional", San Cristóbal y Caracas, Universidad Católica del Táchira y Edit. Jurídica Venezolana, 1996, pp. 199 a 226; e íd. "Comentarios sobre la doctrina del acto de gobierno, del acto político, del acto de Estado y de las cuestiones políticas como motivo de inmunidad jurisdiccional de los Estados en sus Tribunales nacionales", *Revista de Derecho Público*, n.º 26, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, abril-junio 1986, pp. 65 a 68.

[6] Sobre el sistema jerarquizado o graduado del orden jurídico en el constitucionalismo venezolano, íd., *Instituciones Políticas y Constitucionales*, t. I, "Evolución Histórica del Estado", San Cristóbal y Caracas, Universidad Católica del Táchira y Edit. Jurídica Venezolana, 1996, pp. 107 a 117.

derecho que sólo se regulan por el Código de Comercio, pues también están sometidas al Código Civil, al Código Penal y a todas las leyes de derecho administrativo que, verbigracia, regulan diversos sectores de la economía (bancos, seguros, mercado de capitales, etc.); en igual sentido, los órganos de la Administración Pública, además de estar sometidos al derecho administrativo, también están sometidos al derecho civil y al derecho mercantil, por ejemplo.

Por lo demás, esos sujetos de derecho o personas jurídicas estatales que interesan al derecho administrativo no tienen una configuración uniforme pues pueden tener la forma de personas jurídicas de derecho público o la forma jurídica de personas jurídicas de derecho privado. Por ello a los órganos de la Administración Pública, si bien regidos por el derecho administrativo, sin embargo, en una forma u otra siempre se les interaplica de manera variable tanto un régimen de derecho público como de derecho privado[7]. El derecho administrativo, por supuesto, tiene siempre una preponderancia en este régimen, pero el mismo no comprende la totalidad de las normas que se aplican a los órganos de la Administración Pública del Estado ni a la actividad administrativa del mismo. En otras palabras, la Administración Pública se rige por el derecho administrativo, aun cuando en forma no exclusiva ni excluyente.

En todo caso, de lo anterior resulta que, por supuesto, la definición de la Administración Pública como objeto del derecho administrativo es esencial para la definición de esta rama del derecho, la cual consideramos que tiene que estar basada en la descripción de dicho objeto. Por ello, bien podría señalarse que el derecho administrativo es aquella rama del derecho público que regula a los sujetos de derecho o personas jurídicas que conforman al Estado; la Administración Pública como complejo orgánico de esas personas jurídicas estatales, su organización y funcionamiento; el ejercicio de la función administrativa dentro de las funciones del Estado; la actividad administrativa, siempre de carácter sublegal, realizada por los órganos de las personas jurídicas estatales en ejercicio de las funciones normativas o administrativas, o la realizada por los particulares a quienes la ley ha autorizado para ello, su régimen y control; y las relaciones jurídicas que se establecen entre las personas jurídicas estatales o las que desarrollan la actividad administrativa, y los administrados, que moldean las formas de la actividad administrativa.

Con una definición como esta, por supuesto, no cabe hacer intento alguno de adoptar un criterio único para definir el derecho administrativo[8]. No se trata por tanto ni de una definición orgánica, ni de una definición material, ni de una definición formal, pues no existe un criterio clave absoluto para definir el derecho administrativo ni su objeto: la Administración Pública. La definición debe elaborarse con la mezcla de los diversos criterios, lo que además responde al contenido heterogéneo y mutable de la actividad administrativa del Estado.

---

7 Cfr. íd. "La interaplicación del derecho público y del derecho privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del derecho administrativo", *Las formas de la actividad administrativa. II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías 1996,* Caracas, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), 1996, pp. 23 a 73.

8 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "El concepto de derecho administrativo en Venezuela", *Revista de Administración Pública*, n.º 100 y 102, vol. I, Centro de Estudios Constitucionales Madrid, 1983, pp. 685 a 704, y en íd. *Estudios de Derecho Administrativo,* Bogotá, Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, 1986, pp. 7 a 24. Con el título "Bases constitucionales del derecho administrativo en Venezuela", *Revista de Derecho Público*, n.º 16, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1983, pp. 5 a 20; y *El derecho público en Venezuela y Colombia*, *Archivo de derecho público y ciencias de la Administración*, vol. VII, 1984-1985, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1986, pp. 215 a 231.

En cuanto a la jerarquía de las fuentes del derecho aplicable a la Administración, la Ley Orgánica de la Administración Pública expresa formalmente el principio de legalidad vinculándolo a la competencia, así:

Artículo 4º. La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a las leyes y a los actos administrativos de carácter normativo, dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático a las personas.

Se destaca de esta norma, como se dijo, tanto la indicación formal de la jerarquía de las fuentes del derecho como la referencia al principio teleológico de la sumisión a la ley, cuyo fin es la garantía y protección de las libertades públicas propias del régimen democrático. Las fuentes del derecho, además, para ser tales, deben haberse dictado formal y previamente a la actividad que se regule lo que implica la proscripción de la retroactividad de la ley.

II. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA NACIONAL, ESTADAL Y MUNICIPAL

Como se ha dicho, dada la forma federal del Estado en Venezuela, hay tres niveles fundamentales de órganos que integran la Administración Pública, que ejercen el poder ejecutivo, por lo que se puede distinguir una Administración Pública nacional cuyo jefe es el Presidente de la República, una Administración Pública estadal cuyos jefes, en cada uno de los 23 estados de la Federación, son los gobernadores, y un Administración Pública municipal cuyos jefes, en cada uno de los 335 municipios del país, son los alcaldes. Todos esos funcionarios son electos mediante sufragio universal, directo y secreto.

Como se dijo, la Constitución y la Ley Orgánica de la Administración Pública contienen principios que se aplican a la Administración Pública de todos los niveles territoriales; y en cuanto a las regulaciones específicas, las mismas se encuentran establecidas en las leyes nacional y estadales y en las ordenanzas municipales que se dicten por los respectivos órganos titulares de la potestad organizativa. Estos son los que de acuerdo con el artículo 15 LOAP) pueden crear, modificar y suprimir dichos órganos. Por tanto, la titularidad de la potestad organizativa sólo puede ser asignada por la Constitución o la ley[9].

En cuanto a la Constitución, esta atribuye a la Asamblea Nacional potestad organizativa respecto de la Administración Pública nacional (art. 187.9), así como respecto de otros órganos del poder público nacional como los del poder ciudadano (arts. 273 y 290); y los del poder electoral (art. 292).

La Asamblea Nacional también tiene atribuida la titularidad de la potestad organizativa en materia de organización de los municipios y demás entidades locales, con la obligación de establecer diferentes regímenes para dicha organización (art. 169).

La Constitución, por otra parte, en relación con la Administración Pública nacional estableció la reserva legal sólo en relación con la creación de los institutos autónomos (art. 142); pero en cuanto a la organización de la Administración Pública nacional centralizada, asignó la potestad organizativa al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, "dentro de los principios y lineamientos" señalados en la Ley Orgánica (art. 236.20).

---

9 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1994, pp. 21 y ss.

En efecto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 236.20 C., corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros fijar el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública nacional, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos que señale la correspondiente ley orgánica.

Se varió, en esta forma, de manera sustancial, el sistema de la Constitución de 1961, que seguía la tradición constitucional iniciada desde el siglo XIX, y que rigidizaba la organización ministerial que sólo la ley podía determinar (art. 193).

En desarrollo de esta potestad organizativa de rango constitucional atribuida al Presidente de la República en Consejo de Ministros, el artículo 58 LOAP le atribuye la facultad para fijar, mediante decreto, "el número, denominación, competencia y organización de los ministerios y otros órganos de la Administración Pública nacional, con base en parámetros de adaptabilidad de las estructuras administrativas a las políticas públicas que desarrolla el poder ejecutivo nacional y en los principios de organización y funcionamiento establecidos en la presente ley".

Conforme a esta atribución, el Presidente de la República ha dictado numerosos decretos[10] sobre organización y funcionamiento de la Administración Pública central, donde se regulan los ministerios y se enumeran sus competencias. El decreto establece, además, la estructura organizativa básica de cada ministerio, integrada por el despacho del ministro y los despachos de los viceministros, estando estos últimos integrados en orden jerárquico descendente así: direcciones generales, direcciones de línea y divisiones (arts. 16 y 17).

Cada ministerio, en todo caso, debe estar regulado internamente por un reglamento orgánico dictado por el Presidente en Consejo de Ministros, "previa propuesta del respectivo Ministro" (art. 18), en el cual se deben determinar la estructura y las funciones de los viceministros y de las demás dependencias que integran cada ministerio (art. 17).

Uno de los principios fundamentales de la organización administrativa es que los órganos de la Administración Pública deben estar jerárquicamente ordenados y relacionados de conformidad con la distribución vertical de atribuciones en niveles organizativos; estando los órganos de inferior jerarquía sometidos a la dirección, supervisión y control de los órganos superiores de la Administración Pública con competencia en la materia respectiva (art. 28).

Como se dijo, la Ley Orgánica de la Administración Pública básicamente regula la organización de la Administración Pública nacional *ejecutiva* (art. 2.º), estableciendo en sus normas la clasificación clásica general de la misma entre la Administración Pública central del poder nacional (título III) y la Administración Pública nacional descentralizada funcionalmente (cap. II, título IV).

En cuanto a la organización de la Administración Pública nacional central, el artículo 45 LOAP distingue dos tipos de *órganos superiores* de la misma: los órganos superiores de dirección y los órganos superiores de consulta, los cuales ejercen el poder ejecutivo en los términos del artículo 225 C.

La Ley Orgánica enumera como órganos superiores de dirección de la Administración Pública central a los siguientes: el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, el Consejo de Ministros, los ministros y los viceministros. En cuanto a los órganos superiores de consulta de la Administración Pública Central, el artículo 45 LOAP enumera los siguientes: la Procuraduría General de la República, el Consejo de Estado, el Consejo de Defensa de la Nación, los gabinetes sectoriales y los gabinetes ministeriales, los cuales también ejercen el poder ejecutivo (art. 225 C.).

---

10 Cfr. p. ej., decreto n.º 2.937 de septiembre 2004, *Gaceta Oficial* n.º 38024 del 16 de septiembre de 2004.

Además de los principios relativos a la organización de la Administración Pública central nacional, la Ley Orgánica de la Administración Pública establece el régimen general de la organización de la Administración Pública descentralizada, tanto nacional como estadal y municipal, regulando a tal efecto, la creación de personas jurídicas a las cuales se transfiere la titularidad de determinadas competencias y la responsabilidad de ejecutarlas (arts. 29 y 32 LOAP). Conforme a lo indicado en el artículo 29 LOAP, esta descentralización funcional puede realizarse mediante la creación de personas jurídicas con forma de derecho público o con forma de derecho privado[11]. Entre las primeras está la figura del instituto autónomo, el cual se define en el artículo 95 LOAP, como una persona jurídica de derecho público de naturaleza fundacional, creado por ley nacional, estadal u ordenanza municipal conforme a las disposiciones de esta ley, dotado de patrimonio propio e independiente de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios, según sea el caso, con las competencias o actividades determinadas en la ley que lo cree[12].

Sin embargo, las formas jurídicas de derecho público estatales no se agotan en los institutos autónomos, pues también los establecimientos públicos corporativos, como las universidades nacionales y aquellas personas jurídicas de derecho público específicas, como el Banco Central de Venezuela (establecimientos públicos asociativos), son formas jurídicas de derecho público estatales para la descentralización funcional.

La creación de los institutos autónomos sólo puede realizarse mediante ley, conforme lo establece el artículo 142 C., a cuyo efecto, el artículo 96 LOAP dispone lo que la ley nacional, estadal u ordenanza que cree un instituto autónomo debe contener.

En cuanto a las formas jurídicas de derecho privado de la Administración Pública descentralizada funcionalmente, la Ley Orgánica de la Administración Pública regula detalladamente a las sociedades mercantiles del Estado (empresas del Estado), a las fundaciones del Estado y a las asociaciones civiles del Estado; definiéndose a las empresas del Estado en el artículo 100 LOAP, como las sociedades mercantiles en las cuales la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios, o alguno de los entes descentralizados funcionalmente regulados en la Ley Orgánica, solos o conjuntamente, tengan una participación mayor al 50% del capital social[13]. La Ley Orgánica, en consecuencia, autoriza a la República, a los estados, a los municipios y a los distritos metropolitanos para constituir sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, incluso, como únicos accionistas (art. 103).

A los efectos del control de tutela y de gestión, las entidades descentralizadas nacionales deben estar adscritas a los órganos de la Administración Pública central nacional, es decir, a los ministerios respectivos (art. 115 LOAP).

III. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La actividad administrativa, ejercida o no por los órganos de las personas jurídicas estatales que conforman la Administración Pública, en todo caso conforme al principio de legalidad, debe ejercerse por los órganos competentes, ciñéndose a lo establecido en la Constitución y en las leyes, y en particular conforme al procedimiento legalmente establecido. Las actuaciones realizadas por órganos incompetentes, o sin observancia del procedimiento legalmente prescrito, por tanto, constituyen vías de hecho y vician los actos dictados de nulidad absoluta.

---

11 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa*, cit., pp. 115 y ss.

12 Cfr. JESÚS CABALLERO ORTIZ, *Los institutos autónomos,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1985.

13 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Régimen de las empresas públicas en Venezuela,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1981.

El principio de la legalidad, además, en la Constitución se erige como un principio en el cual se fundamenta la Administración Pública, definiéndoselo como "el sometimiento pleno a la ley y al derecho" (art. 141), y además, destacándose como una de las misiones fundamentales de los órganos del poder ciudadano el velar por "la aplicación del principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del Estado" (art. 274).

Ahora bien, uno de los principales signos formales del afianzamiento del principio de la legalidad ha sido precisamente el sometimiento de la actuación de la Administración Pública a normas procedimentales que aseguren a los administrados un trato justo, basado en la buena fe y en la confianza legítima, mediante la previsión de un procedimiento formalmente regulado, en el cual se garantice el derecho a la defensa y, en general, el debido procedimiento administrativo. A tal efecto, Venezuela no ha escapado a la tendencia general que se puede observar en América Latina[14], siguiendo el modelo español de 1958[15], de la codificación del procedimiento administrativo; habiéndose sancionado en 1982 la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos[16], cuyas disposiciones se han además complementado con las de la propia Ley Orgánica de la Administración Pública antes mencionada y de la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos de 1999[17]. Estas últimas dictadas para racionalizar las tramitaciones que realizan los particulares ante la Administración Pública; mejorar su eficiencia, pertinencia y utilidad, a fin de lograr mayor celeridad y funcionalidad en las mismas; reducir los gastos operativos; obtener ahorros presupuestarios; cubrir insuficiencias de carácter fiscal y mejorar las relaciones de la Administración Pública con los ciudadanos.

Por otra parte, en cuanto a los principios del procedimiento administrativo, debe destacarse que es el artículo 141 C., el que dispone que la Administración Pública se fundamenta en "los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho"; principios que repite el artículo 12 LOAP al precisar que la actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en "los principios de economía, celeridad, simplicidad administrativa, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad, transparencia, buena fe y confianza". Asimismo, dispone la ley que dicha actividad se debe efectuar dentro de parámetros de racionalidad técnica y jurídica, lo que ya se configura como un límite a la discrecionalidad. Tales principios, con anterioridad también se habían definido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1982, en cuyo artículo 30 se enumeran los de "economía, eficacia, celeridad e imparcialidad". Este conjunto de principios expresados formalmente en la Constitución y las leyes, sin duda, constituyen un arsenal de instrumentos para la protección de los administrados frente a la Administración Pública que, sin duda, alimenta el ámbito del control que los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa puedan ejercer sobre la actividad administrativa.

---

14 Cfr. íd. *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, Bogotá, Universidad del Rosario y Edit. Legis, 2003.

15 Cfr. íd. *Principios del procedimiento administrativo*, Madrid, Edit. Civitas, 1990.

16 Véase la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, *Gaceta Oficial* n.º 2818 Extra. del 1 de julio de 81. Cfr. además, en ALLAN R. BREWER-CARÍAS et ál. *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 12ª edición ampliada, 2005, pp. 175 y ss.; e íd. *El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1982.

17 *Gaceta Oficial* n.º 36.845 del 7 de diciembre de 99. Cfr. además en ALLAN R. BREWER-CARÍAS et ál. *Ley Orgánica de Procedimiento Administrativos*, cit., pp. 199 y ss.

Con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por tanto, se consolidó la formalización o juridificación del derecho administrativo, al positivizarse lo que anteriormente había venido construyendo la jurisprudencia, con gran esfuerzo y lentamente, sobre la base de identificar principios generales de la disciplina[18]. En esa forma, a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica se hizo más segura la posibilidad del control judicial efectivo de la actividad de la Administración Pública, habiéndose erigido dicha Ley en la fuente del derecho administrativo formal más importante, con base en la cual la jurisprudencia ha continuado enriqueciendo nuestra disciplina como fuente complementaria o accesoria.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, siguiendo la orientación de las leyes similares de América Latina, establece una regulación detallada de los actos administrativos, estableciendo el proceso de su formación, los requisitos de validez, de carácter formal y de orden sustantivo, en particular, la competencia y la motivación de los mismos, el principio de su irrevocabilidad cuando creen o declaren derechos a favor de particulares, los vicios de nulidad que pueden afectarlos, y que, sin embargo, permiten su revisión en cualquier momento, aun de oficio, y los recursos para su reconsideración o su revisión jerárquica.

IV. EL ACTO ADMINISTRATIVO Y LOS RECURSOS EN VÍA ADMINISTRATIVA

Como se ha dicho, una de las regulaciones medulares de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por supuesto, y siguiendo la orientación de todas las leyes similares dictadas en América Latina conforme al modelo de la ley española de 1958, es la relativa a los actos administrativos, su formación, sus efectos, su ejecución y su control interno mediante los recursos administrativos[19]. En esta materia, las principales regulaciones de la Ley Orgánica se refieren a la previsión de un lapso para la adopción de las decisiones, lo que permite poder accionar contra la carencia administrativa; la regulación de los trámites procedimentales, garantizándose el derecho a la defensa (acceso al expediente; pruebas; notificaciones; recursos); los vicios de nulidad absoluta de los actos administrativos (vicios de orden público o de pleno derecho), como la incompetencia manifiesta, la ausencia absoluta y total de procedimiento, o los vicios en el objeto; y las regulaciones sobre la ejecución forzosa de los actos administrativos, mediante multas. En Venezuela, salvo mediante dichas multas pecuniarias, la Administración Pública no puede afectar el patrimonio de los administrados, sino acudiendo a la vía judicial.

Pero al igual que en la generalidad de los países iberoamericanos, el tema medular respecto de los actos administrativos, por supuesto, y particularmente a los efectos de asegurar su control judicial por los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, es el de su definición, o más propiamente, el de su caracterización particularmente entre los diversos actos estatales.

Conforme al antes mencionado principio que tiene rango constitucional en Venezuela, de la formación del derecho por grados partiendo de la Constitución, puede decirse que toda la actividad administrativa es, ante todo, desde el punto de vista formal, una actividad que siempre es de carácter sublegal, es decir, de ejecución directa e inmediata de la legislación (así las leyes reglamentarias correspondientes no se hayan dictado) y de ejecución

---

[18] Cfr. p. ej., ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolanas*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1964.

[19] Véase, íd., *El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, cit., pp. 133. y ss.

indirecta y mediata de la Constitución. Por supuesto, también las actividades judiciales son siempre de carácter sublegal, siendo la diferencia entre una y otra de carácter orgánico, en el sentido de que las actividades judiciales siempre las realizan órganos autónomos e independientes en ejecución de la función jurisdiccional, como lo son los órganos que ejercen el poder judicial.

Ahora bien, conforme a lo anteriormente expuesto, tanto desde el punto de vista formal como orgánico, esas actividades administrativas pueden distinguirse de las otras actividades estatales, en particular de las normativas, políticas y judiciales.

En efecto, la actividad legislativa está conformada por los actos legislativos, que son las leyes (arts. 187.1 y 203) y los actos parlamentarios sin forma de ley (actos privativos e *interna corporis*) (art. 187). Las leyes, incluso, son formalmente definidas en la Constitución como los actos sancionados por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador (art. 203). También pueden considerarse como actos legislativos los decretos leyes o decretos con fuerza de ley, dictados por el Presidente de la República previa autorización por una ley habilitante (arts. 203 y 236.8). Todos estos actos legislativos son actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución, incluso en los casos de los decretos ley y su definición es tanto orgánica como formal: orgánica, pues se definen según el órgano que los dicta, y formal, por la graduación que tienen en el ordenamiento jurídico, de ser actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o de rango de ley.

Los actos de gobierno, por su parte, como se dijo, son los actos dictados por el Presidente de la República en ejercicio sólo de atribuciones constitucionales, y que por ello no pueden estar regulados o limitados por la Asamblea Nacional mediante leyes. Es el caso, por ejemplo, del nombramiento del Vicepresidente Ejecutivo, de la concesión de indultos, de la convocatoria de la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias y de la disolución de la Asamblea Nacional (art. 236.3, 9, 19 y 21). Los actos de gobierno también son actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución, y su definición es tanto orgánica como formal: orgánica, pues se definen según el órgano que los dicta, y formal, por la graduación que tienen en el ordenamiento jurídico, de ser actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

Los actos judiciales, y más propiamente las sentencias, también se definen por el elemento orgánico y el formal: son actos que sólo pueden emanar de los tribunales, y tienen unos efectos precisos de verdad legal definidos en el ordenamiento y derivados del valor de cosa juzgada. Se trata, siempre, de actos de carácter sublegal, es decir, dictados en ejecución directa e inmediata de la ley e indirecta y mediata de la Constitución.

En la definición de los actos legislativos, de gobierno y judiciales, por lo tanto, hay una identificación entre órgano y acto, además de criterios formales derivados de la formación del derecho por grados, y no necesariamente se definen según criterios materiales o derivados de la función que se ejerce al dictarlos. Por ejemplo, los actos legislativos pueden no tener contenido normativo, y pueden haberse dictado en ejercicio de funciones administrativas o políticas; y los actos de gobierno, pueden a su turno, tener contenido normativo.

En cambio, en la definición de la actividad administrativa y, en particular, de los actos administrativos, los criterios anteriores no se pueden aplicar en forma lineal, pues estos no se pueden identificar ni orgánica ni funcionalmente: son dictados por los cinco grupos de órganos estatales que ejercen el poder público, y se pueden dictar en ejercicio de todas las funciones estatales. Así, tan acto administrativo es un reglamento dictado por cualquier órgano de la Administración Pública o por los tribunales en ejercicio de la función normativa, como un acto de ejecución presupuestaria o de personal dictado por los órganos de la Administración Pública, los tribunales o la Asamblea Nacional en ejercicio de la función administrativa; o un acto dictado por los órganos de la Administración Pública en ejercicio de la función jurisdiccional, al decidir una solicitud o un recurso administrativo.

La definición del acto administrativo, por tanto, en contraste con los otros actos estatales, requiere de una mezcla de criterios, dado el carácter heterogéneo de los mismos[20]: se emplea el criterio orgánico, al identificar como actos administrativos los actos emanados de la Administración Pública como complejo orgánico en ejercicio de las funciones normativa, jurisdiccional o administrativa del Estado. Se utiliza el criterio material, al identificar como actos administrativos los actos dictados por los tribunales en ejercicio de las funciones administrativa y normativa, los actos dictados por la Asamblea Nacional en ejercicio de funciones administrativas, e incluso los dictados por entidades privadas autorizadas por ley en ejercicio de funciones normativas y administrativas; y en todo caso, conforme al criterio formal, siempre que se trate de actos de carácter sublegal, es decir, dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución.

En todo caso, respecto de los actos administrativos, rige el principio de la autotutela, en el sentido de que la Administración Pública puede revisar sus propios actos, corregir errores materiales e incluso revocarlos, siempre que no hayan creado o declarado derechos a favor de particulares. Los vicios de nulidad absoluta de los actos administrativos, taxativamente enumerados en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (p.ej., incompetencia manifiesta, ausencia absoluta de procedimiento, vicio en el objeto, art. 85), sin embargo, pueden motivar su revisión en cualquier tiempo, incluso de oficio, garantizándose el debido procedimiento administrativo.

Además, los administrados pueden requerir el control de la legalidad y de la oportunidad de los mismos ante la propia Administración Pública mediante el ejercicio de los recursos administrativos tradicionales, es decir, del recurso jerárquico (o de apelación ante el superior jerárquico), del recurso de reconsideración (que se ejerce ante la misma autoridad que dictó el acto) y del recurso de revisión (ante el superior jerárquico por hechos sobrevenidos) regulados todos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Estos recursos administrativos permiten a los interesados exigir el control de la legalidad de los actos dentro de la propia Administración, además de que les permite exigir un control y revisión de la oportunidad de los actos cuestionados. Es decir, en el ámbito administrativo puede decirse que además de la garantía de la legalidad existe la garantía del control de la oportunidad o inoportunidad de una actuación administrativa.

Por último, en relación con los actos administrativos, además de aquéllos con efectos particulares, están los que tienen efectos generales, es decir, contenido normativo. Entre estos últimos están los reglamentos, que en Venezuela son actos administrativos.

En relación con los reglamentos rige, por supuesto, el principio de la reserva legal establecido en la Constitución, como consecuencia del cual el artículo 87 LOAP dispone que los reglamentos no pueden regular materias objeto de reserva de ley, ni infringir normas con dicho rango; además, sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, los reglamentos no pueden tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público.

Además, conforme al artículo 88 LOAP, la elaboración de los reglamentos de leyes debe ajustarse obligatoriamente al siguiente procedimiento:

1. La iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se debe llevar a cabo por el ministerio competente según la materia, mediante la elaboración del correspondiente proyecto, al que se debe acompañar un informe técnico y un informe sobre su impacto o incidencia presupuestaria.

---

20 Véase, en general, ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "El problema de la definición del derecho administrativo" en *Libro Homenaje al profesor Eloy Lares Martínez,* t. I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, pp. 25 a 78.

2. A lo largo del proceso de elaboración se debe recabar, además de los informes, los dictámenes correspondientes y cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar la eficacia y la legalidad del texto.

3. Elaborado el texto se debe someter a consulta pública para garantizar el derecho de participación de los ciudadanos, de conformidad con lo dispuesto en el título VI LOAP. Durante el proceso de consulta ciudadana, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones que los agrupen o representen, pueden presentar observaciones y propuestas sobre el contenido del reglamento, las cuales deben ser analizadas por el ministerio encargado de la elaboración y coordinación del reglamento.

4. Aprobado el reglamento por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, entrará en vigencia con su publicación en la *Gaceta Oficial* de la República, salvo que el mismo disponga otra cosa.

V. LOS CONTRATOS DEL ESTADO Y EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

En materia de contratos del Estado, en la Constitución de 1999, como en tantas otras materias, puede decirse que se ha consolidado un importante proceso de constitucionalización del derecho administrativo[21], mediante el desarrollo normativo de la institución en el propio texto constitucional. En dicho texto, en efecto, en relación con lo que se ha denominado "contratos de la Administración", se regulan los contratos celebrados por las personas jurídicas *estatales*; denominándolos como "contratos de interés público", expresión equivalente en general a la de contratos de la Administración, contratos del Estado o contratos estatales[22].

En efecto, en la sección cuarta "De los contratos de interés público", del capítulo I sobre "Disposiciones fundamentales", del título IV, "Del poder público", de la Constitución se regula el régimen de los contratos de interés público, denominación genérica que comprende tres especies: contratos de interés público *nacional*, contratos de interés público *estadal* y contratos de interés público *municipal* (art. 150), los cuales son los suscritos, respectivamente, por los tres órdenes de personas jurídicas estatales mencionadas (República, estados y municipios), las cuales, en general, ejercen el poder público en sus tres niveles territoriales, respectivamente.

En consecuencia, todos los contratos, tanto de interés nacional como de interés estadal o municipal, son, por supuesto, contratos de "interés público" (arts. 150 y 151) en el mismo sentido que la noción de poder público (título IV) comprende al poder nacional, a los poderes de los Estados y al poder municipal[23].

Así pues, un contrato de interés público nacional es aquél que interesa al ámbito nacional (en contraposición al ámbito estadal o municipal), porque ha sido celebrado por una persona jurídica estatal nacional, de derecho público (la República o un instituto autónomo) o de derecho privado (empresa del Estado). Por tanto, no serán contratos de interés público *nacional* aquéllos que son de interés público estadal o municipal, celebrados por personas

21 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Algunos aspectos del proceso de constitucionalización del derecho administrativo en Venezuela", *V Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carías, Los requisitos y vicios de los actos administrativos 2000,* Caracas, Funeda, 2000, pp. 21 a 37.

22 . Cfr. íd., *Contratos Administrativos*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1992, pp. 28 y ss.

23 Cfr. íd. *Instituciones Políticas y Constitucionales*, t. II, "El poder público: Nacional, Estadal y Municipal", San Cristóbal y Caracas, Universidad Católica del Táchira y Edit. Jurídica Venezolana, 1996, pp. 11 y ss.

jurídicas estatales de los estados o de los municipios, incluyendo los institutos autónomos y empresas del Estado de esas entidades político territoriales[24].

La noción de "contrato administrativo", en cambio, no tiene rango constitucional en Venezuela y legalmente sólo se ha utilizado en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia a los efectos de atribuir competencia a la Sala Político Administrativa para conocer de las controversias relativas a los mismos. La ausencia de una ley general sobre contratos del Estado o sobre contratos administrativos ha originado, por supuesto, una intensa actividad jurisprudencial y doctrinal tendiente a identificar dichos contratos administrativos, los cuales, en definitiva, se han enmarcado por su objeto vinculado a la prestación de un servicio público o a las obras públicas o por la inclusión en los mismos de las llamadas cláusulas exorbitantes del derecho común.

El problema central, en esta materia, para la determinación de qué ha de entenderse por contrato administrativo, ha girado en torno a la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración; la cual, si bien parecía haberse superado definitivamente en Venezuela, fue revivida por la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 al atribuir expresa y exclusivamente a la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (art. 42.14) la competencia referida en materia de "contratos administrativos".

A pesar de dicha norma y de su equivalente en la actual Ley Orgánica (art. 5.º, párrafo 1º, 25), sin embargo, estimamos que la distinción no tiene sustantividad firme, ya que no hay ni puede haber contratos de derecho privado de la Administración, regidos exclusivamente por el derecho privado, que excluyan el conocimiento de los mismos a la jurisdicción contencioso administrativa[25]. En realidad, todos los contratos que celebre la Administración están sometidos en una forma u otra al derecho público y a todos se les aplica también el derecho privado, teniendo, según su objeto, un régimen preponderante de derecho público o de derecho privado[26], por lo que la distinción no tiene fundamento alguno, y menos cuando en Venezuela no hay dualidad de jurisdicciones (judicial y administrativa), que en Francia ha sido el verdadero sustento de la distinción[27]. Así como no puede haber acto unilateral dictado por los funcionarios públicos que no sea un acto administrativo, tampoco

---

24 Cfr. en general, JESÚS CABALLERO ORTIZ, "Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999", *Estudios de derecho administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela,* vol. I, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 139 a 154; ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Los contratos de interés público nacional y su aprobación legislativa" *Revista de Derecho Público,* n.º 11, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1982, pp. 40 a 54; íd., *Contratos administrativos,* cit., pp. 28 a 36; íd., *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente),* t. II, Caracas, Fundación de Derecho Público y Edit. Jurídica Venezolana, 1999, p. 173.

25. Cfr. íd., "La evolución del concepto de contrato administrativo" en *El derecho administrativo en América Latina*, *Curso internacional,* Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1978, pp. 143 a 167; publicado también en *Jurisprudencia Argentina*, n.º 5.076, Buenos Aires, 13 de diciembre de 1978, pp. 1 a 12; *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, t. I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1981, pp. 41 a 69; íd., *Estudios de derecho administrativo,* Bogotá, Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, 1986, pp. 61 a 90; y como "Evoluçao do conceito do contrato administrativo" en *Revista de Direito Publico* n.º 51 y 52, Sao Paulo, julio-diciembre 1979, pp. 5 a 19.

26. Cfr. íd., *Contratos administrativos*, cit. pp. 46 y ss.; e íd., "La interaplicación del derecho público y del derecho privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del derecho administrativo" en *Las formas de la actividad administrativa. II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, 1996*, Caracas, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 1996, pp. 59 y ss.

27. Cfr. JESÚS CABALLERO ORTIZ, "¿Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?", en *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías,* t. II, Madrid, Universidad Central de Venezuela y Edit. Civitas Ediciones, 2003, pp. 1773 y ss.

existen contratos celebrados por la Administración que no estén sometidos en alguna forma al derecho público, por lo que la terminología empleada en el artículo 42.14, de la derogada Ley Orgánica, y ahora del artículo 5.º, párrafo 1.º, 25 de la Ley Orgánica de 2004, en realidad, a lo que ha conducido es a confusiones, contradicciones y dilaciones. Por lo pronto, no hay demanda que se intente con relación a contratos celebrados por la Administración en la cual no se plantee el problema de la competencia: si la demanda se intenta ante la jurisdicción ordinaria, se alegará la naturaleza administrativa del contrato; en cambio, si se intenta ante el Tribunal Supremo de Justicia, se alegará el carácter de "derecho privado" del contrato.

Por otra parte, la determinación de cuándo se está en presencia de un contrato administrativo o no, dependerá en mucho del interés circunstancial de la Administración, pues además de que todo contrato que celebre tiene algún interés público envuelto o se celebra vinculado a un servicio público, las llamadas cláusulas exorbitantes del derecho común que caracterizan a los contratos administrativos no necesitan estar expresas en el texto del contrato, sino que son inherentes a las potestades de la Administración y se presumen en el mismo. Dependerá, por tanto, del recurso que haga la Administración en un momento dado a estas cláusulas (p. ej., para rescindir el contrato), que el contrato se califique o no de administrativo, lo que hace insegura la distinción. De allí incluso las dudas y variaciones jurisprudenciales, particularmente con relación a contratos municipales de compra venta de inmuebles municipales que llevó a la antigua Corte Suprema a considerarlos, algunas veces, como contratos administrativos[28], y otras veces, como contratos de derecho privado[29].

Como sea, la Constitución establece un conjunto de regulaciones relativas a todos los contratos del Estado, y que por supuesto se aplican a los llamados contratos administrativos. En cuanto a las incompatibilidades o prohibiciones, como se ha señalado, la Constitución establece una prohibición general a los funcionarios públicos, más genéricamente, a quienes estén al servicio de los órganos de las personas estatales, de celebrar contrato alguno con ellas (art. 145). Además, el artículo 190 C. prohíbe a los diputados a la Asamblea Nacional ser propietarios, administradores o directores de empresas que contraten con personas jurídicas estatales.

Por otra parte, la Constitución de 1999 regula en algunas normas específicas la posibilidad de contratos de interés público intergubernamentales o interadministrativos, es decir, celebrados entre personas jurídicas estatales. Los primeros serían aquéllos que se celebran entre la República y los estados o municipios, o entre éstos, y que, por lo general, derivan de los procesos de descentralización política y, en particular, de transferencia de competencias entre los entes territoriales.

Así, el artículo 157 C. establece que la Asamblea Nacional, por mayoría de sus integrantes, puede atribuir a los municipios o a los estados determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización. Con fundamento en una norma similar que estaba en la Constitución de 1961, en 1989 se dictó la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del poder público[30], en la cual se regularon los contratos intergubernamentales que se debían celebrar entre la República y los estados, precisamente, para el desarrollo de procesos de transferencia de competencias nacionales hacia los estados y de asunción por éstos de las mismas.

---

[28]. Sentencia del 11 de agosto de 1983, *Revista de Derecho Público*, n.º 16, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1983, p. 164.

[29]. Sentencia del 26 de junio de 1980, *Revista de Derecho Público*, n.º 4, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1980, p. 146.

[30] Véase en *Gaceta Oficial* Extra. n.º 4.153 del 28 de diciembre de 1989. Cfr. además, en ALLAN R. BREWER-CARÍAS et ál, *Leyes y Reglamentos para la descentralización política de la Federación*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1990.

La Constitución de 1999 regula, ahora, además, la posibilidad de que los estados descentralicen y transfieran los servicios y competencias que gestionen a los municipios, siempre que los mismos estén en capacidad de prestarlos, así como la administración de los respectivos recursos dentro de las áreas de competencias concurrentes entre ambos niveles territoriales del poder público (art. 165). Ello también puede dar origen a contratos intergubernamentales de orden local para materializar las transferencias y regular la gestión de las mismas.

Además, entre estos contratos de interés público intergubernamentales están los acuerdos de mancomunidad municipal, mediante los cuales los municipios se pueden asociar para la realización de una actividad en común (art. 170). También están los contratos de interés público interterritoriales, es decir, aquéllos suscritos por los municipios entre sí o entre la República y los municipios o los estados y los municipios para fines de interés público. En tal sentido, el artículo 170 C. establece que los municipios pueden "acordar entre sí o con los demás entes públicos territoriales, la creación de modalidades asociativas intergubernamentales para fines de interés público relativos a materias de su competencia". De ello deriva la posibilidad de contratos de interés público de carácter asociativo, intergubernamentales.

Debe señalarse, por último, en relación con estos contratos intergubernamentales e interadministrativos que la Constitución regula la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de controversias derivadas de la ejecución de los mismos, así como las controversias administrativas que se susciten entre la República, algún estado, municipio u otro ente público, cuando la otra parte sea alguna de esas mismas entidades, como las que pueden resultar de un contrato intergubernamental. Estas controversias deben ser resueltas por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa (art. 266.4). La Constitución, además, autoriza al legislador para atribuir la competencia jurisdiccional para resolver las controversias administrativas cuando se trate de controversias entre municipios de un mismo estado, a otros tribunales, por supuesto, de la jurisdicción contencioso administrativa (art. 259).

Otro específico de la constitucionalización del régimen de los contratos estatales se refiere al régimen del dominio público y de los servicios públicos, en el sentido de que la propia Constitución prevé el régimen de concesiones para la explotación de los bienes que sean "recursos naturales propiedad de la Nación", las cuales pueden ser otorgadas con exclusividad o sin ella, "por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público" (art. 113). En cuanto a las concesiones mineras, en particular, se dispone en el artículo 156.16 C. que "el Ejecutivo nacional no podrá otorgar concesiones mineras por tiempo indefinido"[31]. Todas estas concesiones, por supuesto, son contratos estatales. Por lo que se refiere a los servicios públicos, en los casos en los que se los regula de manera de permitir la actuación de los particulares sólo mediante concesión, como sucede en los casos de servicios públicos municipales o domiciliarios, rige el mismo principio constitucional establecido en el artículo 113.

La Constitución regula, además, otros contratos de interés público estadal y municipal al establecer los principios para que los estados y los municipios descentralicen y transfieran "a las comunidades y grupos vecinales organizados" los servicios que éstos gestionen, previa demostración de su capacidad para prestarlos (art. 184). A tal efecto, los estados y municipios deben promover la transferencia de servicios en materia de salud, educación,

---

[31]. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Prólogo" sobre "El régimen constitucional aplicable a las concesiones de obras y servicios públicos", en ALFREDO ROMERO MENDOZA et ál., *Régimen legal de las concesiones públicas,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 9 a 16.

vivienda, deporte, cultura, programas sociales, ambiente, mantenimiento de áreas industriales, mantenimiento y conservación de áreas urbanas, prevención y protección vecinal, construcción de obras y prestación de servicios públicos. En todos estos casos, para lograr esos objetivos los estados y municipios pueden establecer convenios, es decir, celebrar contratos de interés público estadal o municipal con las comunidades y grupos vecinales organizados, cuyos contenidos deben estar orientados por los principios de interdependencia, coordinación, cooperación y corresponsabilidad (art. 184.1).

Por otra parte, siguiendo la orientación de la Constitución de 1961, la Constitución de 1999 ha establecido la incorporación obligatoria y tácita en todos los contratos de interés público de una serie de cláusulas, entre las cuales destacan las de inmunidad de jurisdicción y la llamada cláusula "Calvo"; y ciertos de ellos, de una cláusula de protección ambiental. Además, regula las cláusulas de temporalidad en las concesiones administrativas de explotación de recursos naturales, de servicios públicos y de carácter minero.

En cuanto a la cláusula de inmunidad de jurisdicción, el artículo 151 C. establece:

En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviera expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los Tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes.

Se trata, realmente, de una cláusula obligatoria en el sentido de que todo contrato que suscriba una persona jurídica estatal en los tres niveles territoriales del poder público e, incluso, en los niveles de descentralización funcional, debe contenerla, y cuyo objeto es, primero, asegurar que la interpretación, aplicación y ejecución de esos contratos deben someterse a la ley venezolana, y segundo, que las controversias y dudas que de ellos surjan deben también someterse al conocimiento de los tribunales venezolanos[32]. Sin embargo, al citado artículo 151 C. de 1999, el régimen de la inmunidad jurisdiccional previsto se aparta del carácter absoluto tradicional que tenía en el siglo XIX, establecido originalmente en la Constitución de 1892 (art. 147), y encaja dentro de la llamada "inmunidad relativa de jurisdicción". Por ello, la norma prescribe que la cláusula debe estar presente en todos los contratos de la Administración "si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos", lo que convierte a la cláusula en una de inmunidad relativa de jurisdicción[33]. Esta relatividad de la inmunidad de jurisdicción deriva, en todo caso, de la naturaleza de la actividad del Estado regulada en el contrato, más que en su finalidad, que siempre es pública, admitiéndose la excepción al principio de la inmunidad basada en el carácter comercial de las actividades que realice un Estado, sobre todo en el ámbito de las contrataciones internacionales.

Por supuesto, para la determinación de la naturaleza de los contratos no se pueden dar fórmulas universales. Por ejemplo, se han planteado discusiones sobre la naturaleza de tales contratos en materia de empréstitos públicos, tanto en el derecho financiero como en el derecho internacional. En todo caso, utilizando la vieja distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, nadie podría afirmar que un contrato de empréstito público no sea un acto de autoridad ni un contrato de interés público. Por ello, dicho criterio no puede utilizarse para determinar la relatividad de la inmunidad de jurisdicción, pues la solución al problema

---

32 Cfr. en general, BEATRICE SANSÓ DE RAMÍREZ, "La inmunidad de jurisdicción en el Artículo 151 de la Constitución de 1999", en *Libro Homenaje a Enrique Tejera París. Temas sobre la Constitución de 1999,* Caracas, Centro de Investigaciones Jurídicas (CEIN), 2001, pp. 333 a 368.

33 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Contratos administrativos*, cit., pp. 130 a 137.

no se puede basar en la consideración de si el Estado suscribe el contrato haciendo uso de su soberanía o de sus poderes públicos, o si son o no contratos de la Administración; sino en la naturaleza de las operaciones. En el caso de los empréstitos, sin duda, el juez llamado a conocer de un problema judicial en relación con ellos debe conocer, en realidad, de cuestiones mercantiles y comerciales. Por eso, y con base en la excepción prevista en la Constitución, los contratos de empréstito no contienen las cláusulas de inmunidad de jurisdicción y, por tanto, están sometidos en su ejecución, la cual, además, en general, se produce fuera del país, a las leyes y tribunales donde se realiza la operación e, incluso, a tribunales arbitrales.

La segunda cláusula de carácter obligatorio, de rango constitucional, regulada en el artículo 151 C., reprodujo exactamente el texto del artículo 127 C. de 1961, y es la llamada cláusula "Calvo", que implica que en los contratos de interés público también se debe considerar incorporada una cláusula que establece que por "ningún motivo" ni causa la ejecución de los mismos "puede dar origen a reclamaciones extranjeras"[34]. El origen de esta cláusula se remonta a la Constitución de 1893 en la cual, al regularse los contratos de interés público, se señaló que los mismos en ningún caso podían ser motivo de reclamaciones internacionales. Esta cláusula establece, por tanto, la improcedencia de reclamaciones diplomáticas de Estados extranjeros contra el Estado venezolano, actuando aquellos Estados por cuenta de súbditos extranjeros, y parte del supuesto de que los extranjeros en el territorio del Estado venezolano se hallan en las mismas condiciones que los nacionales, por lo que si tienen alguna reclamación que formular cuando se puedan considerar lesionados, deben acudir únicamente a los tribunales nacionales. El objeto de la cláusula, en definitiva, es impedir que las divergencias que puedan surgir entre partes en un contrato estatal, en el cual una parte fuera un ciudadano extranjero, pudieran ser consideradas como de naturaleza internacional.

Con relación a las concesiones administrativas, como contratos estatales, también puede identificarse en el ordenamiento constitucional venezolano, otra cláusula de carácter obligatorio y que tiene su fundamento en el citado artículo 113 C., que regula las concesiones para la explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o para la prestación de servicios de naturaleza pública, las cuales sólo pueden otorgarse "por tiempo determinado". En el mismo sentido, el artículo 156.16 C. prohíbe el otorgamiento de "concesiones mineras por tiempo indefinido". Es evidente, por tanto, de acuerdo con estas normas, la posibilidad de que el Estado otorgue con carácter de exclusividad concesiones para la explotación de bienes públicos o la prestación de servicios públicos por tiempo limitado. La temporalidad, así, puede considerarse como una característica de todas las concesiones, por lo que las leyes especiales que las regulan prevén, en general, lapsos variables, pero siempre precisos, de duración de las mismas.

En este sentido, por ejemplo, las concesiones de servicios públicos municipales, de acuerdo al artículo 41.1 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, sólo podían tener un plazo máximo de 20 años, pero de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2005, las concesiones de uso para el servicio público de transporte colectivo urbano tendrán una duración no mayor de 5 (art. 75); las concesiones de ferrocarrileras reguladas en la Ley de Sistema de Transporte Ferroviario Nacional[35] deben tener una duración máxima de 40 años; las concesiones para la explotación de productos forestales reguladas en la Ley Forestal de Suelos y Aguas, conforme al artículo 68, deben tener una duración máxima de 50 años; y asimismo, las concesiones de obras y servicios públicos previs-

---

34 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Contratos administrativos*, cit., pp. 137 y ss.

35 Decreto ley n.º 1.445, *Gaceta Oficial* n.º 37.313 del 30 de octubre de 2001.

tas en la Ley Orgánica sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones, de acuerdo al artículo 16, deben tener una duración máxima de 50 años. Por último, en cuanto a las concesiones para el aprovechamiento de aguas, de acuerdo a la Ley Forestal de Suelos y de Aguas, artículo 92, la duración de las mismas debe ser de 60 años máximo.

Por otra parte, el artículo 129 C. exige la inclusión en los contratos que celebre la República (contratos de interés público nacional celebrados por la República), de una cláusula de protección ambiental[36] en los siguientes términos:

En los contratos que la República celebre con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o en los permisos que se otorguen, que afecten los recursos naturales, se considerará incluida aun cuando no estuviere expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico, de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenidas y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultara alterado, en lo términos que fije la ley.

Se debe destacar de esta norma que se trata de una cláusula de protección ambiental constitucionalmente obligatoria sólo respecto de los contratos de interés público *nacional*, que celebre la República. En consecuencia, puede considerarse que no es obligatoria en los contratos de interés público estadal ni municipal, que celebren, por ejemplo, los estados y municipios; así como tampoco sería constitucionalmente obligatoria en los contratos de interés público nacional que celebren otras personas jurídicas estatales distintas a la República, como los institutos autónomos o empresas del Estado nacionales.

En cuanto a la aprobación legislativa de los contratos de interés público nacional, la Constitución de 1999, a propuesta nuestra[37], cambió radicalmente la previsión del artículo 126 C. de 1961, que materialmente sometía *todos* los contratos de interés público nacional a la aprobación legislativa, salvo las excepciones (contratos normales en el desarrollo de la Administración Pública y aquellos para los cuales la ley no establecía la aprobación legislativa) que terminaron convirtiéndose en la regla. Por ello, el artículo 150 C. de 1999, siguiendo la orientación mencionada de la práctica legislativa e interpretativa, ahora se limita a señalar que "la celebración de los contratos de interés público nacional requerirá la aprobación de la Asamblea Nacional sólo en los casos que determine la ley". En consecuencia, sólo cuando mediante ley se determine expresamente que un contrato de interés público nacional debe someterse a la aprobación de la Asamblea, ello se convierte en un requisito de eficacia del contrato (art. 187,9).

Sin embargo, la Constitución exige la aprobación obligatoria por parte de la Asamblea Nacional, (arts. 150 y 187.9) solo respecto de los contratos de interés público (no sólo nacional, sino estadal o municipal) que se celebren con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, así como respecto de los traspasos de esos contratos a dichas entidades.

VI. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

La más importante de las garantías constitucionales, además del acceso a la justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva, es que la justicia se imparta de acuerdo con las normas establecidas en la Constitución y las leyes, es decir, en el curso de un debido proceso,

---

[36] Véase, en general, ALBERTO BLANCO-URIBE QUINTERO, "La tutela ambiental como derecho-deber del Constituyente. Base constitucional y principios rectores del derecho ambiental", *Revista de Derecho Constitucional,* n.º 6, Caracas, Edit. Sherwood, 2002, pp. 31 a 64.

[37] Véase ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente),* t. II, cit., pp. 175 a 177.

cuyos principios, conforme se establece expresamente en la misma Constitución, se aplican no sólo en las actuaciones judiciales sino administrativas. Ello tiene, en consecuencia, una importante repercusión en relación con la potestad sancionadora de la Administración, la cual necesariamente está sometida a las garantías del debido proceso.

Estas garantías al debido proceso[38], además, se han regulado detalladamente en el artículo 49, y han sido analizadas extensamente por el Tribunal Supremo de Justicia, calificándoselas como una "garantía suprema dentro de un Estado de Derecho"[39], de manera que, "cualquiera sea la vía escogida para la defensa de los derechos o intereses legítimos, las leyes procesales deben garantizar la existencia de un procedimiento que asegure el derecho de defensa de la parte y la posibilidad de una tutela judicial efectiva"[40].

En particular, en relación con el procedimiento sancionatorio, la jurisprudencia ha precisado las siguientes garantías derivadas del debido proceso: el derecho a que la decisión se adopte por el órgano competente (en materia judicial, el juez natural: art. 49.4); el derecho a la presunción de inocencia (art. 49.2); el derecho a la defensa y a ser informado de los cargos formulados (art. 49.1); el derecho a ser oído (art. 49.3); el derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas (art. 49.8); el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 49.1); el derecho a no confesarse culpable y no declarar contra sí misma (art. 49.5); y el derecho a la tutela efectiva de los derechos e intereses del procesado (art. 26 C.)[41].

Aplicados los principios del artículo 49 C. a los procedimientos administrativos sancionatorios, resulta entonces el siguiente régimen:

El artículo 49.1 C. comienza por establecer no sólo el derecho a la *defensa,* sino a la *asistencia jurídica* (de abogado), los que considera como derechos inviolables en *todo estado y grado* de la investigación y del procedimiento. Adicionalmente, precisa que toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de *acceder a las pruebas* y de *disponer del tiempo* y de los medios adecuados para ejercer su *defensa*.

Particularmente, en relación con el derecho a la defensa, el mismo ha sido amplio y tradicionalmente analizado por la jurisprudencia, destacándose, por ejemplo, que:

En cuanto al procedimiento de determinación e imposición de sanciones por ilícitos tributarios, el derecho a la defensa se concreta en el derecho de los sujetos pasivos de la relación tributaria a ser debidamente notificados de cualquier acto administrativo que afecte sus derechos subjetivos o sus intereses particulares legítimos y directos; en la oportunidad que tiene el administrado para formular los descargos que le permita desvirtuar lo imputado por la Administración en el acta fiscal debidamente notificada; en el derecho del contribuyente o responsable para promover y controlar, en tiempo oportuno, la producción de cualquier prueba razonable y legalmente pertinente, antes de que la Administración

[38] Véase, en general, ANTONIETA GARRIDO DE CÁRDENAS, "La naturaleza del debido proceso en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999", *Revista de Derecho Constitucional,* n.º 5, Caracas, Edit. Sherwood, 2001, pp. 89 a 116; e íd., "El debido proceso como derecho fundamental en la Constitución de 1999 y sus medios de protección", en *Bases y principios del sistema constitucional venezolano (Ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional realizado en San Cristóbal del 21 al 23 de noviembre de 2001),* vol. I, San Cristóbal, pp. 127 a 144.

[39] Véase sentencia 123 de la Sala Constitucional, caso Sergio J. Meléndez, del 17 de marzo de 2000, *Revista de Derecho Público*, n.º 81, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 143.

[40] Véase sentencia de la Sala Constitucional n.º 97 del 15 de marzo de 2000, caso Agropecuaria Los Tres Rebeldes, ídem., p. 148.

[41] Véase sentencia 224 del 24 de febrero de 2000, ibíd., pp. 136 y ss.

adopte la decisión final sobre el fondo del asunto debatido; en el derecho a tener el libre acceso al expediente administrativo; en el derecho a conocer oportunamente las razones de hecho y de derecho que fundamentan el acto administrativo determinativo o sancionatorio, lo cual le permitirá accionar ante los organismos competentes; y en poder impugnar en la vía administrativa o judicial un acto administrativo emitido por la Administración tributaria, que afecte, en cualquier forma, sus derechos como contribuyente o responsables[42].

Por otra parte, ha sido por la prevalencia del derecho a la defensa que la Sala Constitucional, siguiendo la doctrina constitucional establecida por la antigua Corte Suprema de Justicia[43], ha desaplicado normas que consagran el principio *solve et repete*, como condición para acceder a la justicia contencioso administrativa, por considerarlo inconstitucional[44].

En la Constitución de 1999, además, en forma explícita se estableció el principio de que "toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario" (art. 49.2), conforme al cual "una persona acusada de una infracción, no puede ser considerada culpable hasta que así lo declare una decisión condenatoria precedida de un procedimiento suficiente para procurar su dimanación".

El particular tiene entonces derecho a ser presumido inocente, lo que equivale a que su eventual condena sea precedida por "una actividad probatoria suficiente con la participación del acusado y con un adecuado razonamiento del nexo causal entre la norma y la situación concreta, sin que baste la mera sospecha o conjetura"[45].

El artículo 49.3 C. regula, además, el derecho de toda persona a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por el órgano administrativo competente e imparcial establecido con anterioridad. Este derecho comprende, por supuesto, el derecho de formular alegatos y presentar pruebas en el procedimiento.

De acuerdo con el mismo artículo 49.1 C., como parte del debido procedimiento se establece la garantía fundamental en materia probatoria, conforme a la cual se consideran como nulas *las pruebas* obtenidas mediante violación del debido proceso.

El mismo artículo 49.1 C., también como manifestación del derecho a la defensa, consagra el derecho de toda persona declarada culpable a recurrir de la decisión sancionatoria, con lo que se regula el derecho a la doble instancia, que consiste en la efectiva posibilidad de revisión de las decisiones dictadas con ocasión de un procedimiento, esto es, de someter la decisión al conocimiento posterior de un órgano de mayor jerarquía en la pirámide organizativa de la Administración. Con esta disposición, adquiere rango constitucional el derecho al recurso jerárquico en los procedimientos administrativos.

El artículo 49.6 C. recoge el principio tradicional de que ninguna persona puede ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes; principio que, por supuesto, es aplicable a los procedimientos sancionatorios.

---

42 Véase la sentencia 3682 del 19 de diciembre de 1999, de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, *Revista de Derecho Público,* n.º 79 y 80, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1999.

43 Cfr. en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, vol. VII, "La justicia contencioso administrativa", San Cristóbal y Caracas, Universidad Católica del Táchira y Edit. Jurídica Venezolana, 1997, pp. 196 y ss.

44 Véase la sentencia de la Sala Constitucional n.º 321 del 22 de febrero de 2002, caso Papeles Nacionales Flamingo, C.A. *vs.* Dirección de Hacienda del municipio Guacara del Estado Carabobo, *Revista de Derecho Público*, n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, pp. 142 y ss.

45 Véase sentencia 315 del 19 de marzo de 2001 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, *Revista de Derecho Público,* n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 103 y ss.

Además, en materia sancionatoria también tiene rango constitucional el principio *non bis in idem* que recoge el artículo 49.7 C., al establecer que ninguna persona puede ser sometida a un procedimiento sancionatorio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido sancionado anteriormente.

VII. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

La discrecionalidad se da, como lo ha señalado la jurisprudencia venezolana, cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera, apreciando la oportunidad o conveniencia de la medida a tomarse[46]. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la Administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación de hecho. En esos casos, la Administración tiene la elección, sea de las circunstancias ante las cuales dictará el acto, sea del acto que se dictará ante una situación de hecho, por lo que es posible afirmar que "la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas"[47].

Por ello, en algunas de las leyes de procedimientos administrativos se ha regulado el ejercicio de la potestad discrecional, entendida como la posibilidad que da la ley al funcionario de adoptar decisiones según su apreciación de la oportunidad y conveniencia, pudiendo normalmente adoptar varias decisiones que de acuerdo a la apreciación de los hechos y a la finalidad de la norma, todas, si se aplican, podrían ser igualmente justas.

En todo caso, si algo ha caracterizado al derecho administrativo en las últimas décadas en todos los países iberoamericanos, es el proceso de redefinición del ámbito de la discrecionalidad y de limitación de la misma. Este puede decirse que es el signo común del derecho administrativo y, en particular, de las leyes de procedimiento administrativo.

El esfuerzo de la doctrina y de la jurisprudencia de las últimas décadas ha consistido, entonces, en deslastrar a los funcionarios de ciertas áreas de actuación que antes se consideraban como parte del poder discrecional y que, progresivamente, se han ido eliminando de dicho ámbito, como es el caso de la utilización de "conceptos jurídicos indeterminados" en la atribución de competencias. Como lo precisó la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela, al distinguir los conceptos jurídicos indeterminados de las llamadas potestades discrecionales:

Mientras éstas dejan al funcionario la posibilidad de escoger según su criterio una entre varias soluciones justas, no sucede lo mismo cuando se trata de la aplicación de un concepto jurídico indeterminado. Se caracterizan estos últimos por ser conceptos que resulta difícil delimitar con precisión en su enunciado, pero cuya aplicación no admite sino una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquélla que se conforme con el espíritu, propósito y razón de la norma. La aplicación del concepto jurídico indeterminado por la

46 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Los límites a la actividad discrecional de las autoridades administrativas", en *Ponencias Venezolanas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado* (*Uppsala, agosto 1966*), Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1966, pp. 255 a 279; *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 2, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1966, pp. 9 a 35; y en íd., *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo,* t. I, "El Ordenamiento Constitucional y Funcional del Estado", Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1975, pp. 15 a 41.

47 Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, del 1 de junio de 2001 (consultada en original).

Administración Pública constituye una actividad reglada y por consiguiente sujeta al control de legalidad por parte del órgano jurisdiccional competente[48].

Por otra parte, en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos debe destacarse el esfuerzo por establecer límites a la discrecionalidad, en el artículo 12, al disponer que, "Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia".

En todo caso, con enunciados de esta naturaleza en una ley de procedimiento administrativo, sin duda el juez contencioso administrativo dispone de efectivas herramientas para controlar la legalidad de la actuación de la Administración, más allá de los aspectos formales de tal actuación.

VIII. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Conforme al sistema establecido en la Constitución venezolana, todos los actos estatales están sometidos al derecho y todos son controlables judicialmente por razones de constitucionalidad o de legalidad. Aquí está la consecuencia de la consagración del principio de la legalidad y la garantía del Estado de derecho.

Este sistema de control judicial de las actuaciones del Estado puede decirse, además, que es de carácter universal y cerrado, en el sentido de que ninguno de los actos estatales puede escapar al control del Tribunal Supremo de Justicia y de los demás tribunales que controlan la constitucionalidad y la legalidad de los mismos; control que se ejerce, en general, además de a través de la jurisdicción ordinaria, a través de la jurisdicción constitucional, de la jurisdicción contencioso administrativa y de la jurisdicción contencioso electoral[49].

En efecto, los actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, es decir, las leyes, los actos parlamentarios sin forma de ley, los actos ejecutivos de rango y valor de ley (decretos leyes) y los actos de gobierno están sometidos exclusivamente al control de la constitucionalidad que está a cargo de la jurisdicción constitucional, que corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

En cuanto a las sentencias, ellas están sometidas al control judicial ordinario mediante las apelaciones y, en materia de legalidad, al recurso extraordinario de casación ante las salas de Casación Civil, de Casación Social y de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

Y en cuanto a los actos administrativos, al ser de carácter sublegal, como ya se ha dicho, están sometidos al control judicial tanto por parte de la jurisdicción contencioso administrativa como de la jurisdicción contencioso electoral. La primera, la integran la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales que se han establecido por la ley, y la segunda la integra, básicamente, la Sala Electoral del mismo Tribunal Supremo de Justicia, a los efectos específicos del control de legalidad e inconstitucionalidad de los actos administrativos dictados por los órganos que ejercen el poder electoral (Consejo Nacional Electoral, sus comisiones y órganos subalternos).

---

48 Véase sentencia 100 del 19 de mayo de 1988, *Revista de de Derecho Público,* n.º 34, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1988, p. 69.

49. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, t. VII, "Justicia contencioso administrativa", cit.

Lo importante a señalar sobre este control contencioso administrativo es que el mismo se realiza en relación con *todos* los actos administrativos, pudiendo los tribunales competentes declarar su nulidad, así sean actos administrativos emanados no sólo de los órganos de la Administración Pública, sino de los órganos legislativos, de los tribunales, e incluso de entidades privadas.

La jurisdicción contencioso administrativa, por otra parte, se ha constitucionalizado en Venezuela desde 1961, en una norma ahora contenida en el artículo 259 C. de 1999[50], cuyo texto es el siguiente:

La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determina la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

Ha sido precisamente con base en esta norma constitucional que la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia fue elaborando las bases del contencioso administrativo[51], las cuales, desarrolladas por la doctrina nacional[52], condujeron a la sanción en 1976 de la ahora derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia[53], en cuyas normas se reguló el procedimiento contencioso administrativo ante dicha Corte. En las disposiciones transitorias de esa ley, además, se reguló la organización de la jurisdicción contencioso administrativa, con indicación de los diversos tribunales que la integran, además de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema: la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (en 2004 se ha creado una Corte Segunda) y ocho tribunales superiores contencioso administrativos ubicados en las diversas regiones del país.

En mayo de 2004 se sancionó la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia[54], en la cual y a pesar de las imperfecciones de sus nuevas disposiciones transitorias, que han afectado la base legal fundamental de la organización de la jurisdicción, se han vuelto a regular los principios del procedimiento contencioso administrativo (arts. 18 a 21) siguiendo literalmente lo que establecía la derogada Ley Orgánica; conservándose, además, la organización de la jurisdicción transitoriamente hasta que se dicte la ley especializada sobre lo contencioso administrativo.

---

50. Cfr. en general, ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativos*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004.

51. En cuanto a la jurisprudencia, véase en íd., *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo,* t. V, "La Jurisdicción Contencioso Administrativa", Vol. 1 y 2, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1978; e íd. y LUIS ORTIZ ÁLVAREZ, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia Contencioso Administrativa*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1996.

52. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Estado de derecho y control judicial,* Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1985, pp. 281 y ss; íd., *Instituciones Políticas y Constitucionales,* vo. VII, "Justicia contencioso administrativa", cit.; ANTONIO CANOVA GONZÁLEZ, *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano,* Caracas, Edit. Sherwood, 1998; VÍCTOR HERNÁNDEZ-MENDIBLE, *Tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo*, Caracas, Vadell Hermanos, 1998.

53. Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia del 30 de julio de 1976, *Gaceta Oficial* n.º 1.893, Extra. del 30 de julio de 76. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS y JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS, *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1989.

54. Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, *Gaceta Oficial*, n.º 37942 del 20 de mayo de 2004. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativos*, cit.

De acuerdo con la Constitución y con la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, por tanto, la jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela es una jurisdicción especial integrada al poder judicial. En Venezuela, por tanto, el derecho administrativo no se ha construido con base en criterios que hayan surgido de una distinción entre las competencias de la jurisdicción judicial y la jurisdicción administrativa, tan extendido en el derecho administrativo francés, y que han sido seguidos en algunos países latinoamericanos, como por ejemplo en Colombia. En Venezuela, al contrario, la tradición ha sido la existencia de una competencia especializada de determinados tribunales para conocer de litigios en los cuales interviene la Administración, pero integrados en el poder judicial[55].

La Constitución, por otra parte, en su artículo 258 remite a la ley para promover el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos[56]. En lo que se refiere al arbitraje, en materia administrativa ello está aceptado, siempre que por la naturaleza comercial del contrato pueda establecerse la cláusula arbitral conforme al artículo 151 C., cuyo contenido se analizará más adelante al hacer referencia a los contratos del Estado.

Ahora bien, una de las importantes innovaciones de la Constitución de 1999 ha sido la previsión expresa del derecho de las personas a la tutela judicial efectiva[57] que proviene del constitucionalismo español (art. 21,1 C. de 1978), lo que en materia de control judicial contencioso administrativo de la Administración implica precisar cuáles son los poderes que el juez puede ejercer para satisfacer las pretensiones que le formulen los recurrentes, incluso en defensa de intereses colectivos o difusos.

En el sistema venezolano, estas técnicas de control judicial de la Administración se pueden identificar a través de los siguientes poderes del juez contencioso administrativo, que permiten indicar el carácter subjetivo del proceso contencioso administrativo[58]:

En *primer lugar,* el juez contencioso administrativo puede declarar la nulidad de los actos administrativos por inconstitucionalidad o ilegalidad, en general, por contrariedad al derecho. Ello está establecido no sólo en los artículos 259 y 266 C., sino también en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Conforme a estas normas, el Tribunal Supremo de Justicia y los tribunales con competencia en lo contencioso administrativo tienen la atribución de declarar "la nulidad de actos administrativos, generales o individuales, contrarios a derecho, incluso por desviación de poder". La legitimación para recurrir varía según se trate de actos administrativos de efectos particulares, en cuyo caso la ley exige un interés personal, legítimo y directo; o de actos administrativos de efectos generales, o normativos, en cuyo caso se trata de una acción popular.

---

55 Cfr. MARTÍN PÉREZ GUEVARA, "Prólogo", en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de derecho administrativo,* t. II., "Ordenamiento orgánico y tributario del Estado", Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1976, pp. 1 a 10.

56 Sobre el arbitraje como medio alternativo de justicia véase la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo n.º 186 del 14 de febrero de 2001, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 253 y ss.

57 Cfr. en general, ÍNGRID CANCELADO RUIZ, "La tutela judicial efectiva y la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración Pública a la luz de la Constitución de 1999", *Revista de Derecho Constitucional,* n.º 4, Caracas, Edit. Sherwood, 2001, pp. 75 a 139; RAFAEL G. PRADO MONCADA, "De nuevo sobre el derecho a la tutela judicial efectiva (Avances normativos a raíz de la Constitución de 1999)", *Revista de Derecho Administrativo,* n.º 9, Caracas, Edit. Sherwood, 2000, pp. 93 a 119.

58 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativos,* cit.

Pero además, de acuerdo al párrafo 18 del artículo 21 de la Ley Orgánica, con la pretensión de anulación también puede formularse una pretensión de condena derivada precisamente de esa anulación, y así la sentencia, además de anular el acto, puede resolver condenar a la Administración al pago de sumas de dinero, y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad administrativa, así como disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa. En este campo, la pretensión de anulación, por tanto, también puede estar acompañada de una pretensión de condena e, incluso, de una pretensión de amparo de los derechos fundamentales.

Aparte de estas cuestiones de anulación y condena que se pueden suscitar ante la jurisdicción contencioso administrativa, en *segundo lugar*, están todas las otras cuestiones en las cuales no se plantea la nulidad de actos administrativos. En efecto, la Constitución en su artículo 259 también atribuye competencia a los tribunales contencioso administrativos para restablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa. Ello da origen a competencias en las cuales los tribunales contencioso administrativos no entran a declarar o no la nulidad de un acto administrativo por motivos de ilegalidad, sino que tienen una competencia amplia para conocer y decidir con plenitud, dentro de los límites de su competencia, de todas las demandas que se intenten contra los entes públicos estatales nacionales y empresas nacionales del Estado. La Constitución, en ese sentido, señala algunos supuestos de esta competencia cuando insiste en su artículo 259 sobre "la condena al pago de sumas de dinero, la reparación de daños y perjuicios, originados por la responsabilidad de la Administración; o el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa". De acuerdo a esta norma, es indudable que estamos ante una competencia plena, lo suficientemente amplia como para admitir cualquier tipo de pedimento frente a la Administración de parte de un particular lesionado, por supuesto, en un derecho subjetivo.

En esta forma, de acuerdo a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, en estos casos de demandas contra los entes públicos, la decisión del juez puede ser cualquier decisión jurídicamente útil que se solicite, en la cual no esté envuelta la nulidad de un acto administrativo. En tal sentido, el párrafo 18 del artículo 21 de dicha Ley Orgánica dispone que en su fallo definitivo el Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo con los términos de la solicitud, podrá condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración, así como disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa. Agrega la norma, sin embargo, que cuando la acción hubiese sido temeraria o evidentemente infundada, el Tribunal podrá imponer al solicitante multa por montos determinados.

Desde la promulgación de la hoy derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, por tanto, puede decirse que en Venezuela desapareció toda distinción entre el "recurso de anulación", por una parte, y el "recurso de plena jurisdicción" por la otra; pues si la pretensión de condena a la Administración deriva de la ilegalidad de un acto administrativo, debe formularse la pretensión de anulación, y junto con ella, en el contencioso de anulación de los actos administrativos, la pretensión de condena de acuerdo a lo previsto en el citado párrafo 18 del artículo 21 de la Ley Orgánica. En esta forma, el llamado "contencioso de plena jurisdicción", después de la Ley de 1976 y de la actual, quedó reducido a las demandas contra la República y los otros entes nacionales estatales, sin que en ellas se planteen pretensiones de anulación; y el contencioso de anulación se convirtió en un *contencioso de los actos administrativos,* sea con la sola pretensión de anulación de los mismos o con pretensiones de condena e, incluso, de amparo, anexas a éstas.

En *tercer lugar*, y conforme a la previsión que se estableció en la Ley Orgánica de 1976, como un aspecto específico del contencioso de las demandas, se destaca el *contencioso de los contratos administrativos*, al atribuirse a la Sala Político Administrativa competencia para conocer de las "cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sean parte la República, los Estados o los municipios", conforme a determinadas cuantías (art. 5, párrafo 1º. 25). Se trata, sin embargo, de un contencioso limitado sólo al conocimiento de los "contratos administrativos" suscritos por los entes públicos territoriales, y no por los otros entes públicos como los institutos autónomos o las empresas del Estado. Se trata, por lo demás, de la única norma en el ordenamiento jurídico que en general usa la expresión "contratos administrativos", lo que complica su identificación, como se analizará más adelante.

En *cuarto lugar*, y como una innovación de la Constitución de 1999, un cuarto tipo de competencia que puede ser ejercida por la jurisdicción contencioso administrativa se refiere a los reclamos por la prestación de los servicios públicos. Se abre así el campo del *contencioso de los servicios públicos*, que sin embargo la Ley Orgánica no reguló. En esta materia, sólo se reguló en el artículo 5, párrafo 1º. 37, la competencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo para "conocer y decidir, en segunda instancia, las apelaciones y demás acciones o recursos contra las sentencias, dictadas por los tribunales contencioso administrativos, cuando su conocimiento no estuviere atribuido a otro tribunal, que decida sobre las acciones de reclamos por la prestación de servicios públicos nacionales".

En *quinto lugar*, además de los poderes de anulación y de condena, y del contencioso de los contratos administrativos y de los servicios públicos, otra competencia puede ser ejercida por la jurisdicción contencioso administrativa: es la relativa a la interpretación abstracta de las leyes. Su regulación específica se inició con la Ley de Carrera Administrativa de 1970 en la cual, dada su novedad, se previó un recurso de interpretación ante el Tribunal de la Carrera Administrativa, en relación con las dudas que pudieran surgir en cuanto a la aplicación e interpretación de dicha ley y sus reglamentos, aclarándose que el ejercicio de dicho recurso no podía ser motivo para la paralización de ninguna medida que las autoridades competentes puedan ordenar[59]. Mediante esta norma legal se puede decir que por primera vez en Venezuela se consagró expresamente la competencia de interpretación atribuida a la jurisdicción contencioso administrativa aun cuando, en este caso, limitada al contencioso funcionarial.

Posteriormente, en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 se estableció en forma general la competencia del Supremo Tribunal para "conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales", pero "en los casos previstos en la Ley" (art. 42.24), con lo cual quedaba por ser regulada dicha competencia. Con base en ello, en todo caso, la antigua Corte Suprema de Justicia se reservó conocer, incluso, del recurso de interpretación previsto en la derogada Ley de Carrera Administrativa. En la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, el contencioso de interpretación quedó establecido en el artículo 5, párrafo 1º. 55 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, pero como una competencia general de todas las salas, correspondiendo a la sala afín con la materia debatida, en la siguiente forma: "Conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, en los casos previstos en la ley, siempre que dicho conocimiento no signifique una sustitución del mecanismo, medio o recurso previsto en la ley para dirimir la situación si la hubiere".

---

59. Artículo 64 de la derogada Ley de Carrera Administrativa de 1970.

En *sexto lugar*, otra competencia general de la jurisdicción contencioso administrativa que deriva del artículo 5, párrafo 1º. 26 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (establecida desde la derogada Ley de 1976), es la atribuida a la Sala Político Administrativa para "Conocer de la abstención o negativa del Presidente de la República, del Vicepresidente Ejecutivo de la República y de los Ministros del Ejecutivo nacional, así como de las máximas autoridades de los demás organismos de rango constitucional con autonomía funcional, financiera y administrativa y del alcalde del Distrito Capital, a cumplir específicos y concretos actos a que estén obligados por las Leyes"[60]. Se trata del contencioso administrativo *contra la carencia administrativa* que ya se había previsto en la Ley de 1976 y cuyas modalidades han sido ampliamente desarrolladas por la jurisprudencia[61].

Por otra parte, debe mencionarse como otra de las innovaciones constitucionales la consagración del derecho de acceso a la justicia con expresa mención de la protección judicial de los intereses colectivos y difusos[62], y no sólo de los intereses subjetivos y particulares. Los intereses difusos han sido caracterizados por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo como los que conciernen a la calidad de la vida (condiciones básicas de existencia) de toda la comunidad o sociedad, que se difunden entre todos los individuos de la comunidad. Este *derecho o interés difuso*, ha agregado la Sala Constitucional, "debido a que la lesión que lo infringe es general (a la población o a extensos sectores de ella), vincula a personas que no se conocen entre sí, que individualmente pueden carecer de nexo o relaciones jurídicas entre ellas, que en principio son indeterminadas, unidas sólo por la misma situación de daño o peligro en que se encuentran como miembros de una sociedad, y por el derecho que en todos nace de que se les proteja la calidad de la vida, tutelada por la Constitución". Por tanto, es la afectación o lesión común de la calidad de vida, que atañe a cualquier componente de la población o de la sociedad como tal, independientemente de las relaciones jurídicas que puedan tener con otros de esos indeterminados miembros, lo que lo caracteriza.

Los daños al ambiente o a los consumidores son, así, daños que afectan intereses difusos, aunque ocurran en una determinada localidad, pues tienen efectos expansivos que perjudican a los habitantes de grandes sectores del país y hasta del mundo, y responden a la prestación indeterminada de protección al ambiente o de los consumidores. Esa lesión a la población, que afecta con mayor o menor grado a todo el mundo, que es captada por la sociedad conforme al grado de conciencia del grupo social, es diferente a la lesión que se localiza concretamente en un grupo, determinable como tal, aunque no cuantificado o indi-

---

60 Esta competencia estaba regulada en los artículos 42, ordinal 23, y 182.1 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "La abstención, silencio y negativa de la Administración y su control", en *El derecho venezolano en 1982. Ponencias venezolanas al Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1982, pp. 603 y ss.

61 Cfr. en general, CARLOS L. CARRILLO ARTILES, *El recurso jurisdiccional contra las abstenciones u omisiones de los funcionarios públicos*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1996; y DANIELA UROSA MAGGI, *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el derecho español y venezolano*, Caracas, Funeda, 2003.

62 Cfr. en general, JOSÉ L. VILLEGAS MORENO, "Los intereses difusos y colectivos en la Constitución de 1999", *Revista de Derecho Constitucional*, n.º 2, Caracas, Edit. Sherwood, 2000, pp. 253 a 269; ANA E. ARAUJO GARCÍA, "El principio de la tutela judicial efectiva y los intereses colectivos y difusos", en *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías,* t. III, cit. pp. 2703 a 2717; íd., "El principio de la tutela judicial efectiva y los intereses colectivos y difusos", *Revista de derecho,* n.º 4, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia*,* 2002, pp. 1 a 29; MARIOLGA QUINTERO TIRADO, "Aspectos de una tutela judicial ambiental efectiva", en *Nuevos estudios de derecho procesal. Libro Homenaje a José Andrés Fuenmayor, v*ol. II, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002 pp. 189 a 236; FLOR M. ÁVILA HERNÁNDEZ, "La tutela de los intereses colectivos y difusos en la Constitución venezolana de 1999", en *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías,* t. III, cit*.*, pp. 2719 a 2742.

vidualizado, como serían los habitantes de una zona del país afectados por una construcción ilegal que genera problemas de servicios públicos en la zona. Estos intereses concretos, focalizados, son en cambio, los *colectivos*, referidos a un sector poblacional determinado (aunque no cuantificado) e identificable, aunque individualmente, dentro del conjunto de personas existe o puede existir un vínculo jurídico que los une entre ellos. De ello dedujo la Sala Constitucional que "[son] los *difusos* los de mayor cobertura, donde el bien lesionado es más generalizado, ya que atañe a la población en extenso, y que al contrario de los *derechos e intereses colectivos*, surgen de una prestación de objeto indeterminado; mientras que en los *colectivos*, la prestación puede ser concreta, pero exigible por personas no individualizables". Los intereses difusos, por ejemplo, se refieren a los daños al ambiente; en cambio, es un interés colectivo "El interés de los vecinos de una urbanización, o un barrio, que se ve desmejorado en sus servicios públicos por una construcción, por ejemplo, también responde a un bien jurídico suprapersonal, pero es determinable, localizable en grupos específicos, y ese es el interés que permite la acción colectiva"[63].

Si bien la Constitución atribuye expresamente al Defensor del Pueblo la atribución de amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos y difusos de las personas contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los servicios públicos, interponiendo cuando fuere procedente las acciones necesarias para exigir al Estado el resarcimiento a los administrados de los daños y perjuicios que les sean ocasionados con motivo del funcionamiento de los servicios públicos (art. 281.2), la legitimación activa para proteger esos derechos e intereses colectivos y difusos no está reservada en exclusiva a dicho funcionario. Cualquier persona legitimada para intentar una acción contencioso administrativa puede invocar la representación de intereses difusos o colectivos, siempre que "el que acciona lo haga en base no sólo a su derecho o interés individual, sino en función del derecho o interés común o de incidencia colectiva"; que "la razón de la demanda (o del amparo interpuesto) sea la lesión general a la calidad de vida de todos los habitantes del país o de sectores de él, ya que la situación jurídica de todos los componentes de la sociedad o de sus grupos o sectores, ha quedado lesionada al desmejorarse su calidad común de vida"; y "que exista un vínculo, así no sea jurídico, entre quien demanda en interés general de la sociedad o de un sector de ella (interés social común), nacido del daño o peligro en que se encuentra la colectividad" (como tal)[64].

IX. OTRAS TÉCNICAS DE CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN

Además del control judicial de la Administración Pública, la Constitución establece el control parlamentario y el control fiscal. En cuanto al primero, se atribuye a la Asamblea Nacional y a sus comisiones, a cuyo efecto el artículo 222 C., dispone que la Asamblea Nacional puede ejercer su función de control mediante los siguientes mecanismos: las interpelaciones, las investigaciones, las preguntas, las autorizaciones y las aprobaciones parlamentarias previstas en la Constitución y en la ley y cualquier otro mecanismo que establezcan las leyes y su reglamento.

---

63 Véase sentencia de la Sala Constitucional n.º 656 del 30 de junio de 2000, caso Defensor del Pueblo *vs.* Comisión Legislativa Nacional, citada en la sentencia 279 del 19 de febrero de 2002 de la Sala Constitucional, caso Ministerio Publico *vs.* Colegio de Médicos del Distrito Capital, *Revista de Derecho Público,* n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, pp. 390 y ss.

64 Véase sentencia 1048 del 17 de agosto de 2000, caso William Ojeda *vs.* Consejo Nacional Electoral, *Revista de Derecho Público*, n.º 83, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 325 y ss.

En ejercicio del control parlamentario, la Asamblea puede declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos[65] y solicitar al poder ciudadano que intente las acciones a que haya lugar para hacer efectiva tal responsabilidad.

Por otra parte, tanto la Asamblea como sus comisiones pueden realizar las investigaciones que juzguen convenientes en las materias de su competencia, de conformidad con el reglamento (art. 223).

Por último, debe destacarse que conforme al artículo 224, el ejercicio de la facultad de investigación no afecta las atribuciones de los demás poderes públicos. Sin embargo, en cuanto a los jueces, estos están obligados a evacuar las pruebas para las cuales reciban comisión de la Asamblea Nacional y de sus comisiones[66].

De acuerdo con el artículo 223 C., todos los funcionarios públicos están obligados, bajo las sanciones que establezcan las leyes, a comparecer ante dichas comisiones y a suministrarles las informaciones y documentos que requieran para el cumplimiento de sus funciones. Esta obligación comprende también a los particulares, quedando a salvo los derechos y garantías que la Constitución consagra.

A los efectos de asegurar la aplicación de esta norma constitucional, en 2001 se dictó la Ley Sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios y Funcionarias Públicos y los o las Particulares ante la Asamblea Nacional o sus comisiones[67], con el objeto, precisamente, de establecer las normas que rigen la comparecencia de funcionarios públicos y los particulares ante la Asamblea Nacional o sus comisiones, así como las sanciones por el incumplimiento a las mismas. Dicha ley dispone que la Asamblea Nacional, o sus comisiones, en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales puede acordar, conforme a su reglamento, la comparecencia ante la plenaria, o ante sus comisiones, de todos los funcionarios públicos, así como de los particulares "preservando los derechos fundamentales, garantías y principios constitucionales, a los fines del cumplimiento efectivo de las funciones de control y de investigación parlamentaria que sobre el Gobierno nacional, estadal y municipal, y sobre la Administración descentralizada, le correspondan" (art. 3.º).

Cuando con motivo de la comparecencia de un funcionario público, persona natural o representantes de personas jurídicas se determinen fundados indicios que hagan presumir la existencia de ilícitos administrativos que comprometan el patrimonio público, conforme se establece en el artículo 19 de la ley, "las actuaciones de la Asamblea Nacional o de la Comisión respectiva constituyen medios de prueba vinculantes, para que la Contraloría General de la República abra la averiguación correspondiente sobre la responsabilidad administrativa de las personas involucradas". Si en esos casos se determinan fundados indicios de la comisión de ilícitos penales, también dispone el artículo 20 idem que "las Actas de las comparecencias constituyen actuaciones preliminares similares a las exigidas en la fase preparatoria del juicio penal", las cuales adminiculadas deben ser pasadas al Ministerio Público para que ejerza la acción correspondiente contra las personas involucradas.

Pero además del control parlamentario, la Administración Pública está sometida al control fiscal por parte de la Contraloría General de la República que es uno de los órganos

---

65 Cfr. sobre esto, ALLAN R. BREWER-CARÍAS "Aspectos del control político sobre la Administración Pública" *Revista de Control Fiscal,* n.º 101, Caracas, Contraloría General de la República, 1981, pp. 107 a 130.

66 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Los poderes de investigación de los cuerpos legislativos y sus limitaciones, con particular referencia a los asuntos secretos", *Revista de Derecho Público,* n.º 10, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1982, pp. 25 a 42.

67 Véase Ley sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios y Funcionarias Públicos y los o las Particulares ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones, Ley n.º 30, en *Gaceta Oficial* n.º 37.252 del 2 de agosto de 2001.

del poder ciudadano; y que conforme al artículo 287 C., es el órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos. Goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa, y orienta su actuación a las funciones de inspección de los organismos y entidades sujetas a su control[68].

Entre las atribuciones de la Contraloría General de la República, conforme al artículo 289 C., además de la ya señalada, están las de controlar la deuda pública, inspeccionar y fiscalizar los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público sometidos a su control; practicar fiscalizaciones, disponer el inicio de investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, así como dictar las medidas, imponer los reparos y aplicar las sanciones administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley; instar al Fiscal General de la República a que ejerza las acciones judiciales a que hubiere lugar con motivo de las infracciones y delitos cometidos contra el patrimonio público y de los cuales tenga conocimiento en el ejercicio de sus atribuciones; y ejercer el control de gestión y evaluar el cumplimiento y resultado de las decisiones y políticas públicas de los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público sujetos a su control, relacionadas con sus ingresos, gastos y bienes[69].

A los efectos de desarrollar estos principios constitucionales relativos al sistema nacional de control fiscal (art. 290), se ha sancionado la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (Ley n.º 59)[70], la cual, en su artículo 9.º, sujeta a sus disposiciones y al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República a todos los órganos y entidades del Estado, en los tres niveles territoriales.

X. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Uno de los principios de rango constitucional más importantes en relación con el derecho administrativo en Venezuela es el de la responsabilidad administrativa, tanto de los funcionarios como de la Administración Pública, es decir, de las personas jurídicas estatales de cuyos órganos administrativos aquéllos son titulares.

En efecto, un principio fundamental que rige para todos los órganos del Estado, es decir, que ejercen el poder público, y por supuesto, para la Administración Pública, es el regulado en el artículo 139 C., que recoge otra norma tradicional de nuestro constitucionalismo, y es el principio de la responsabilidad individual de los funcionarios públicos en el ejercicio del poder público[71]. Dispone dicha norma que "El ejercicio del poder público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la Ley".

---

68 Cfr. José Ignacio Hernández G., "La Contraloría General de la República", *Revista de Derecho Público,* n.º 83, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 21 a 38.

69 Cfr. Allan R. Brewer-Carías et ál., *Leyes orgánicas del poder ciudadano*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2005.

70 *Gaceta Oficial* n.º 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

71 Véase, en general, Jesús Caballero Ortiz, "Consideraciones fundamentales sobre la responsabilidad administrativa en Francia y en España y su recepción en la Constitución venezolana de 1999", en *Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón,* vol. II, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 255 a 271; Luis A. Ortiz Álvarez, "La responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos en la Constitución de 1999", en *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela,* vol. II, cit. pp. 149 a 208.

Esta norma recoge el principio del artículo 121 C. de 1961, pero agregando ahora la "desviación de poder" dentro de los supuestos que generan responsabilidad del funcionario; vicio de los actos administrativos que reafirma su rango constitucional.

En consecuencia, la responsabilidad de los funcionarios que causen daños al ejercer el poder público se puede originar cuando ello ocurra por abuso de poder, es decir, por el llamado vicio en la causa de los actos estatales (falso supuesto, p. ej.); por desviación de poder, que es el vicio en la finalidad del acto estatal, al usarse el poder conferido para perseguir fines distintos a los establecidos en la norma atributiva de competencia; y en general, por violación de la Constitución o de la ley, es decir, en general, por contrariedad al derecho[72].

La Constitución, por otra parte, y también siguiendo una larga tradición de nuestro constitucionalismo, reitera el principio de la responsabilidad de los funcionarios públicos, pero en particular respecto de los actos que dicten, ordenen o ejecuten que violen o menoscaben los derechos garantizados constitucionalmente; responsabilidad que puede ser civil, penal y administrativa, sin que puedan servir de excusa órdenes superiores que reciba el funcionario (art. 25). Este mismo principio lo repite el artículo 8.º LOAP, en relación con los funcionarios de la misma.

En estos casos, conforme al artículo 10 ibídem, y sin perjuicio del derecho de acceso a la justicia establecido en la Constitución (art. 26) y la ley, los particulares cuyos derechos humanos hayan sido violados o menoscabados por un acto u orden de un funcionario público pueden, directamente o a través de su representante, acudir ante el Ministerio Público para que éste ejerza las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva "la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria" en que hubiere incurrido dicho funcionario. Igualmente, pueden acudir ante la Defensoría del Pueblo para que ésta inste al Ministerio Público a ejercer dichas acciones y, además, para que la Defensoría del Pueblo solicite ante el Consejo Moral Republicano que adopte las medidas a que hubiere lugar con respecto a tales funcionarios, de conformidad con la ley.

A los efectos, incluso, de la posibilidad de exigencia de responsabilidad, la Ley Orgánica establece el principio de rendición de cuentas, al disponer su artículo 11 que las autoridades y funcionarios de la Administración Pública deben "rendir cuentas de los cargos que desempeñen en los términos y condiciones que determine la ley".

Por otra parte, una de las innovaciones importantes de la Constitución de 1999 en materia de régimen general del ejercicio del poder público, es la previsión expresa del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, es decir, de las personas jurídicas estatales, básicamente la que resulta de la distribución vertical del poder público (República, estados y municipios), por los daños y perjuicios que causen los funcionarios en ejercicio de sus funciones.

En la Constitución de 1961 el principio de la responsabilidad del Estado se deducía de la previsión del artículo 47 que establecía que las personas no podían pretender que los entes estatales los indemnizaran sino por daños causados por "autoridades legítimas en ejercicio de su función pública"; y del artículo 206, que regulaba la jurisdicción contencioso administrativa (equivalente al artículo 259 C. de 1999), al atribuirle a los tribunales de dicha jurisdicción competencia para dictar sentencias de condena "al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración".

---

72 Sobre estos vicios, Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Estado de derecho y control judicial,* cit., pp. 528 y ss.

En la nueva Constitución se incluyó una norma expresa en la materia[73], con el siguiente texto:

> *Artículo 140*: El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública.
>
> La expresión "funcionamiento de la Administración Pública", de carácter muy genérico, como se ha dicho, permite que la responsabilidad del Estado se origine cuando la lesión se derive del funcionamiento tanto normal como anormal de los servicios públicos a cargo del Estado o, en general, de la actividad administrativa realizada por la Administración Pública, como estructura orgánica[74].

Se observa, ante todo, que conforme a este artículo la responsabilidad es del "Estado", es decir, de las personas jurídicas estatales en particular, de la República, de los estados y de los municipios en sus respectivos niveles territoriales, por el funcionamiento de sus administraciones públicas.

Ahora bien, en cuanto a la expresión "Administración Pública" utilizada en este artículo, en todo caso debe interpretarse conforme se utiliza la expresión en el título IV C., donde está ubicada, abarcando no sólo la Administración Pública conformada por los órganos que ejercen el poder ejecutivo en los tres niveles político territoriales, sino la conformada por los órganos que ejercen el poder ciudadano y el poder electoral, así como la Administración Pública que constituye la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia y las unidades administrativas de la Asamblea Nacional.

La redacción de la norma, sin embargo, podría plantear dudas sobre su aplicación a los casos de responsabilidad del Estado legislador, causada, por ejemplo, al sancionar una ley, la cual, sin embargo, deriva de los principios generales del derecho público[75]. En cuanto a la responsabilidad del Estado por actos judiciales o de los jueces, ésta, sin embargo, sí está regulada expresamente en los artículos 49.8 y 255 C.

---

73 Véase nuestra propuesta en íd., *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente),* t. II, cit., pp. 184 y ss.

74 Cfr. en general, Luis Ortiz Álvarez, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública,* Caracas, 1995; Margarita Escudero León, "Reflexiones sobre la ejecución de sentencias que condenan al Estado al pago de sumas de dinero", en *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías,* t. II, cit. pp. 2310 a 2329; María E. Soto, "Régimen constitucional de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública", *Revista Lex Nova,* n.º 239, Maracaibo, Colegio de Abogados del Estado Zulia, 2001, pp. 49 a 72; Luis A. Ortiz Álvarez, "La responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos en la Constitución de 1999", en *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela,* vol. II, cit. pp. 149 a 208; Ana C. Núñez Machado, "La nueva Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado", en *Comentarios a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela",* Caracas, Vadell Hermanos, 2000, pp. 35 a 64; Abdón Sánchez Noguera, "La responsabilidad del Estado por el ejercicio de la función jurisdiccional en la Constitución venezolana de 1999", *Revista Tachirense de Derecho,* n.º 12, San Cristóbal, Universidad Católica del Táchira, 2000, pp. 55 a 74; Luis Ortiz Álvarez, "La responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos en la Constitución de 1999", *Revista de Derecho Constitucional*, n.º 1, Caracas, Edit. Sherwood, 1999, pp. 267 a 312; Ana C. Núñez Machado, "Reflexiones sobre la interpretación constitucional y el artículo 140 de la Constitución sobre responsabilidad patrimonial del Estado", *Revista de Derecho Administrativo,* n.º 15, Caracas, Edit. Sherwood, 2002, pp. 207 a 222; Alfonso Rivas Quintero, *Derecho constitucional,* Valencia, Paredes Eds., 2002, pp. 276 y ss.

75 Cfr. Carlos A. Urdaneta Sandoval, "El Estado venezolano y el fundamento de su responsabilidad patrimonial extracontractual por el ejercicio de la función legislativa a la luz de la Constitución de 1999", *Revista de Derecho Constitucional*, n.º 5, Caracas, Edit. Sherwood, 2001, pp. 247 a 301;

El principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, por la actividad de la Administración Pública, por otra parte, lo reitera el artículo 14 LOAP, el cual, aun cuando en forma impropia, dispone que la responsabilidad patrimonial sería de la "Administración Pública", cuando esta en realidad no es sujeto de derecho ni persona jurídica. La norma, en efecto, señala:

La Administración Pública será responsable ante los particulares por la gestión de sus respectivos órganos, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los funcionarios por su actuación.

La Administración Pública responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares, siempre que la lesión sea imputable a su funcionamiento.

La "Administración Pública", en efecto, no puede ser responsable pues no es un sujeto de derecho; la responsabilidad es de las personas jurídicas estatales político territoriales, (República, estados, municipios, distritos metropolitanos), o descentralizadas (p.ej., institutos autónomos) que la Constitución comprende en la expresión "Estado".

La Sala Constitucional ha sentado criterio de que la Constitución de 1999 establece un régimen amplio, integral y objetivo de la responsabilidad patrimonial del Estado que se erige en garantía de los particulares frente a las actuaciones dañosas de la Administración, mucho más amplio del establecido en la Constitución de 1961, del cual "no cabe duda que dicha responsabilidad debe ser apreciada de manera objetiva descartándose la culpa del funcionario *como fundamento único* del sistema indemnizatorio". En consecuencia, la Sala, apartándose del criterio restringido que había sido establecido por la Sala Político Administrativa[76], resolvió que "la responsabilidad patrimonial del Estado no debe ser considerada como una garantía en favor de los entes públicos; por el contrario, su consagración constitucional exige que la misma sea interpretada por los jueces en sentido amplio y progresista como una garantía patrimonial del administrado frente a las actuaciones de la Administración generadoras de daño"[77]. Sin embargo, como se ha dicho, no se trata de una responsabilidad que sea sólo de carácter objetivo.

XI. EL SERVICIO PÚBLICO Y SU RÉGIMEN DE COMPETENCIA

La actividad administrativa, por esencia, incide en la esfera jurídica de los administrados. Por eso hemos dicho que el derecho administrativo, además de regular a la Administración Pública como complejo orgánico, el ejercicio de la función administrativa y la propia actividad administrativa del Estado regula también las relaciones entre las personas jurídicas estatales como sujetos de derecho actuando a través de los órganos de la Administración Pública, y los administrados, como consecuencia de la gestión del interés público que, en concreto, aquéllas tienen que asumir.

En estas relaciones está otro de los elementos claves del derecho administrativo contemporáneo: el necesario equilibrio, en un régimen democrático, que tiene que establecerse entre los poderes y prerrogativas de los órganos de la Administración Pública y los derechos de los particulares o administrados, lo cual plantea unas especiales exigencias en un régimen de derechos y garantías ciudadanas.

---

76 Véase la sentencia 943 del 15 de mayo de 2001 (consultada en original).

77 Véase la sentencia 2818 del 19 de noviembre de 2002, caso Ramón Oscar Carmona Vásquez, *Revista de Derecho Público*, n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, pp. 113 y ss.

En esta forma, ante el elenco de derechos y garantías que declara la Constitución, corresponde a la legislación propia del derecho administrativo su regulación, actualización, limitación y protección concretas, y con ello la de las diversas formas de la actividad administrativa, que corresponden a las clásicas formas o cometidos de: policía, fomento, servicio público, control y gestión de los asuntos públicos.

La primera, la actividad de policía, quizás la más clásica de las actividades administrativas, siempre resulta en definitiva en una limitación a los derechos constitucionales; la segunda, la actividad de fomento, se manifiesta en la política de estímulo al desarrollo pleno de los mismos derechos ciudadanos, con particulares connotaciones en el ámbito económico; la tercera, la actividad de servicio público, en esencia es la obligación prestacional impuesta al Estado como consecuencia directa de derechos ciudadanos previstos constitucional o legalmente; la cuarta, la actividad de control, corresponde a todas las acciones del Estado de control de la actuación tanto de los órganos de la Administración Pública como de los propios administrados en relación con sus actividades reguladas; y la quinta forma de la actividad administrativa, la de gestión del interés general, puede manifestarse, entre otros, en el campo de la economía cuando el Estado gestiona, incluso directamente, actividades dentro del sistema de economía mixta establecido en la Constitución.

En esta forma, la actividad administrativa, materialmente hablando, no puede concebirse sin su incidencia directa en la esfera jurídica de los particulares, pues en definitiva aquella se concreta en una regulación, limitación, estímulo, satisfacción, control o protección de los derechos y garantías constitucionales.

La materia administrativa, por tanto, está conformada por todas aquellas regulaciones que permiten al Estado actuar en concreto, realizando cometidos y prestaciones, y que a la vez se configuran como limitaciones a los derechos y garantías constitucionalmente permitidas, por lo que bien podría decirse que el derecho administrativo, materialmente hablando, es el derecho de las limitaciones y regulaciones al ejercicio de esos derechos.

Ahora bien, en particular en relación con los servicios públicos, a pesar de las sucesivas crisis que ha tenido en la historia del derecho administrativo, esa noción continúa siendo clave para nuestra disciplina. Incluso, su carácter escurridizo y multivalente no puede impedir que se pueda definir el concepto como referido a las actividades prestacionales que debe asumir el Estado tendientes a satisfacer necesidades generales o colectivas, en cumplimiento de una obligación constitucional o legal y en relación con las cuales, los particulares no tienen derecho a desarrollarlas “libremente”[78].

De esta definición resulta lo siguiente:

En *primer lugar,* que se trata siempre de una actividad, es decir, de un conjunto de operaciones y tareas a cargo de un sujeto de derecho, consistente en dar o hacer algo a favor de otros, en suma, de prestar. Se trata, por tanto, de una actividad prestacional; pero no de cualquier tipo de prestación sino de una que es de interés de todos, de interés público o colectivo por lo que los sujetos a los cuales se destina son todos, es decir, el público en general.

---

78 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, “Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias” *Revista de Derecho Público*, n.º 6, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, abril-junio 1981, pp. 65 a 71; íd. “El régimen constitucional de los servicios públicos”, en *El nuevo servicio público. Actividades reservadas y regulación de actividades de interés general (electricidad, gas, telecomunicaciones y radiodifusión) VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías 2002*, Caracas, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 2003, pp. 19 a 49; JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G., “Un ensayo sobre el concepto de servicio público en el derecho venezolano”, *Revista de Derecho Público*, n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, pp. 47 a 75.

En *segundo lugar,* esa actividad prestacional corresponde cumplirla obligatoriamente al Estado, es decir, a los entes públicos, por estar así establecido en la Constitución o en una ley. Por tanto, no toda actividad prestacional de interés público que realicen los entes públicos puede considerarse como un servicio público, sino sólo aquellas que éstos asumen en cumplimiento de una obligación constitucional o legal, lo que implica la regularidad y continuidad.

En *tercer lugar,* tratándose de una actividad prestacional que corresponde como obligación al Estado, de acuerdo al principio de alteridad, los particulares, es decir, el público en general tiene un correlativo derecho constitucional o legal a recibir la prestación, la cual, como todo derecho, debe ser esencialmente justiciable y protegible.

En *cuarto lugar,* desde el momento en el cual una actividad se configura como servicio público a cargo de los entes públicos, la misma queda sustraída de las que pueden ser desarrolladas libremente por los particulares. No es que necesariamente la actividad queda excluida del ámbito de la libertad económica de los particulares, sino que en relación con ella ésta no puede desarrollarse libremente.

Es decir, la libertad económica, como derecho de toda persona de "dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia" (art. 112 C.), está limitada, constitucional o legalmente, en una proporción inversa al grado de asunción de la actividad por parte del Estado.

En todo caso, la idea clave a los efectos de la conceptualización jurídica del servicio público es la existencia de una obligación constitucional o legal a cargo del Estado para la realización de la actividad prestacional. Ello contribuye a deslindar los servicios públicos de las actividades prestacionales que el Estado realiza, por ejemplo, como mero empresario, que no se ejecutan en virtud del cumplimiento de obligación constitucional o legal alguna, y respecto de las cuales existe el derecho de los particulares a desarrollarlas libremente.

En consecuencia, la declaración de una actividad como servicio público que, por tanto, se cumple por el Estado en ejecución de una obligación constitucional o legal, da origen a dos consecuencias fundamentales en relación con los particulares y el mercado:

Por una parte, que con motivo de la obligación jurídica del Estado surge una relación jurídica, en cuyo otro extremo está, como correlativo a la obligación, un derecho de los administrados a percibir la prestación de tales servicios públicos; y por otra parte, que la presencia del Estado como prestador de servicios públicos restringe, a la vez, la libertad económica de los administrados.

El servicio público así entendido se presenta entonces siempre como una restricción a la libertad económica de los particulares. Por ello es que la creación de un servicio público, es decir, el establecimiento de la obligación prestacional a cargo del Estado, sólo puede tener su origen directamente en la Constitución o en la ley, pues sólo en esos textos, conforme al principio de la reserva legal previsto en la propia Constitución (art. 112), es que puede limitarse o restringirse la libertad económica.

Esta consecuencia de la noción de servicio público es la más importante desde el punto de vista jurídico: que cuando una actividad prestacional se erige en servicio público, es decir, se impone obligatoriamente al Estado, sea a la República, a los estados o a los municipios, se restringe automáticamente la libertad económica de los particulares en el sentido de que no pueden, libremente, ejercer dicha actividad.

Es evidente, por supuesto, que el ámbito de esta restricción no es uniforme, pues depende de la regulación concreta que se establezca en la Constitución o en la ley. Las normas pueden establecer una variada gama de restricciones a la libertad económica que pue-

den ir desde la exclusión total de la actividad económica de los particulares en el ámbito de la actividad prestacional, por ejemplo, cuando el Estado se la reserva con carácter de exclusividad, hasta la previsión de una concurrencia casi sin restricciones, entre la actividad pública y la actividad privada, pasando por los supuestos en los cuales, a pesar de que el Estado se reserve el servicio, los particulares pueden prestarlo mediante concesión.

Por tanto, según la intensidad de la restricción a la libertad económica que acarrea la consideración de una actividad como servicio público, se pueden distinguir tres grandes categorías de servicios públicos: los servicios públicos exclusivos y excluyentes; los servicios públicos exclusivos, pero concesibles, y los servicios públicos concurrentes.

La primera categoría de servicios públicos abarca aquellos reservados al Estado en forma absoluta, de manera que los particulares no pueden, en forma alguna, prestarlos. La Constitución, en general, salvo en relación con los servicios públicos vinculados a la seguridad de la Nación y a los fines del Estado, no establece directamente ningún servicio público de esta naturaleza, pero permite que la ley los pueda establecer en determinados supuestos. En efecto, el artículo 302 C. establece expresamente la posibilidad que tiene el Estado de reservarse, mediante ley orgánica, y por razones de conveniencia nacional, "industrias, explotaciones, *servicios y bienes de interés público*".

De acuerdo con este artículo, por tanto, mediante ley orgánica podría establecerse un servicio público para ser prestado en forma exclusiva por el Estado, excluyendo a los particulares del ámbito del mismo. Una reserva de este tipo tendría por efecto fundamental establecer una exclusión a la libertad económica de los administrados, la cual no podría desarrollarse, en forma alguna, respecto del servicio reservado. En estos casos, la reserva de servicios provocaría el establecimiento de un *monopolio de derecho* a favor del Estado, configurándose el supuesto del artículo 302 C. como una excepción a la prohibición de los monopolios que regula el artículo 113 de la propia Constitución. En el ordenamiento jurídico actual no existe ningún servicio público de esta naturaleza.

Una segunda categoría de servicios públicos estaría configurada por aquellos que aun siendo atribuidos en forma obligatoria y exclusiva al Estado, es decir, a la República, a los estados o a los municipios, y estando reservados a los entes públicos, ello no se ha hecho en forma excluyente, por lo que mediante concesión podría permitirse a los particulares la prestación de los mismos en determinadas condiciones. La Constitución ha regulado en muchas normas esta categoría de servicios públicos, como servicios públicos exclusivos y no excluyentes, por tanto, concesibles, a cuyo efecto ha establecido en general, en el artículo 113, que cuando se trate de "prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público".

Esta norma establece, por tanto, que cuando se trate de una actividad declarada como servicio público exclusivo del Estado, pero no excluyente, sea que se vaya a prestar en forma exclusiva o no, el Estado puede otorgar concesiones por tiempo determinado. Por supuesto, corresponde a la ley la determinación del carácter exclusivo del servicio que permita, sin embargo, que su prestación se pueda conceder a los particulares.

La consecuencia de ello es que en virtud de la reserva, los particulares no tendrían libertad económica respecto de las actividades que configuran estos servicios, es decir, en esos supuestos los particulares *no tienen derecho* a realizar las actividades económicas que los configuran. Pueden, sí, obtener ese derecho mediante un acto administrativo bilateral, que es la concesión de servicio público, a través de la cual se transfiere a los particulares un derecho que antes no tenían y que se constituye por dicho acto.

En relación con estos servicios, y con excepción de los de carácter municipal (abastecimiento de aguas[79], recolección de desechos sólidos[80], transporte público de pasajeros) o de prestación local[81], puede decirse que en Venezuela se ha venido produciendo un proceso de liberalización, de manera que el régimen de concesión no encuentra ahora regulación sino excepcionalmente, por ejemplo, en materia de transporte, como el ferroviario[82] o de instalaciones portuarias[83]. En materia de telecomunicaciones, en cambio, puede decirse que la actividad económica se liberalizó, correspondiendo al Estado la regulación del servicio a través del ente regulador, como es la Comisión Nacional de Telecomunicaciones creada en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones[84]. En sentido similar, el servicio eléctrico también se ha liberalizado conforme a la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico[85], correspondiendo a la Comisión Nacional de Energía, como ente regulador, el control de las actividades particulares en ese campo. En ambos casos, sujetas a la obtención de autorizaciones, permisos y licencias.

Un tercer tipo de servicio público está configurado por aquellas actividades prestacionales también impuestas obligatoriamente al Estado, pero respecto de las cuales el ordenamiento constitucional también consagra un derecho de los particulares a prestarlos, como sucede, por ejemplo, en materia de servicios educativos y de atención a la salud. En estos casos, el establecimiento de una actividad como servicio público lo que produce, como consecuencia, es una limitación a la libertad económica de los particulares, que requieren para ello, por ejemplo, de un registro ante la autoridad pública. No se trata, por tanto, de que la actividad económica se excluya del ámbito de los particulares, como sucede en los casos anteriores, sino de una limitación a su ejercicio. Por ello, en estos casos, el derecho de los particulares a prestar los servicios está establecido directamente en el ordenamiento jurídico, y lo único que en éste se establece son los mecanismos de control para asegurar que los servicios se presten en forma adecuada al interés general envuelto.

XII. LA FUNCIÓN PÚBLICA

En la Constitución de 1999 se han establecido los principios fundamentales relativos al régimen de los funcionarios públicos, a los efectos de guiar el establecimiento más de un Estatuto de la función pública que de la carrera administrativa como lo establecía la Constitución de 1961 (art. 122); a cuyo efecto la Asamblea Nacional sancionó en 2002 la Ley del Estatuto de la Función Pública[86].

Conforme a la Constitución, en dicho Estatuto se establecieron las normas sobre el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios de la Administración Pú-

---

79 Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento, Ley n.º 75, *Gaceta Oficial* n.º 5.568 Extra. del 31 de diciembre de 2001.

80 Este servicio, sin embargo, se ha regulado como de competencia concurrente en los tres niveles territoriales, en la Ley de residuos y desechos sólidos, *Gaceta Oficial* n.º 38.068 de 18 de noviembre de 2004.

81 Por ejemplo, la Ley de Armonización y Coordinación de Competencias de los poderes públicos nacional y municipal para la prestación de los servicios de distribución de gas con fines domésticos y de electricidad, decreto ley n.º 1.507, *Gaceta Oficial* n.º 37.319 del 7 de noviembre de 2001.

82 Ley de sistema de transporte ferroviario nacional, decreto ley n.º 1.445, *Gaceta Oficial* n.º 37.313 del 30 de octubre de 2001.

83 Ley General de Puertos, *Gaceta Oficial* n.º 37.589 del 11 de diciembre de 2002;

84 *Gaceta Oficial* n.º 36.970 del 12 de junio de 2000

85 Ley n.º 78, *Gaceta Oficial* n.º 5.568 Extra. del 31 de diciembre de 2001;

86 *Gaceta Oficial* n.º 37.522 del 6 de septiembre de 2002. Cfr. en general, JESÚS CABALLERO ORTIZ, "Bases constitucionales del derecho de la función pública", *Revista de Derecho Constitucional,* n.º 5, Caracas, Edit. Sherwood, Caracas, 2001, pp. 21 a 46.

blica. La Constitución, además, exigió que en el Estatuto se previera la incorporación de los funcionarios a la seguridad social[87]. La Constitución, por otra parte, remitió a la ley para determinar las funciones y requisitos que deben cumplir los funcionarios públicos para ejercer sus cargos (art. 144)[88].

En cuanto a los principios constitucionales, debe destacarse que el artículo 145 C., dispone en general que los funcionarios públicos deben estar al servicio del Estado y no de parcialidad alguna, precisando, incluso, que su nombramiento y remoción no pueden estar determinados por la afiliación u orientación política.

Ahora bien, en cuanto a los cargos en la Administración Pública, la Constitución estableció, con carácter general, que los cargos "son de carrera" (artículo 146), exceptuando los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados, los obreros al servicio de la Administración Pública y los demás que determine la ley.

La consecuencia del principio de la carrera es que el ingreso de los funcionarios públicos a los cargos de carrera, en principio, debe realizarse mediante concurso público, fundamentado en principios de honestidad, idoneidad y eficiencia; los cuales lamentablemente no se han implementado, proliferando los cargos de libre nombramiento y remoción. En cuanto al ascenso, la Constitución también dispone que debe estar sometido a métodos científicos basados en el sistema de méritos, y el traslado, suspensión y retiro debe ser de acuerdo con el desempeño de los funcionarios. La reducción fáctica de los cargos de carrera, en todo caso, hace inaplicables estas normas.

En cuanto a las remuneraciones, el artículo 147 establece un principio general de disciplina del gasto público, en el sentido de que para la ocupación de cargos públicos de carácter remunerado es necesario que sus respectivos emolumentos estén previstos en el presupuesto correspondiente. Las escalas de salarios en la Administración Pública, dado su carácter estatutario, se deben establecer reglamentariamente conforme a la ley.

La Constitución, por otra parte, recogió el principio que estaba en el artículo 229 C. de 1961, conforme al cual el poder nacional, por ley orgánica, puede establecer límites razonables a los emolumentos que devenguen los funcionarios públicos tanto municipales y estadales como nacionales. La materia quedó así consolidada como una competencia del poder nacional que corresponde a la Asamblea Nacional (y escapa de la competencia de los consejos legislativos)[89], y en ejecución de dicha norma en 2002 se dictó la Ley Orgánica sobre Emolumentos para Altos Funcionarios de los estados y municipios[90]. Además, la Constitución previó que la ley nacional también debe establecer el régimen de las jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos nacionales, estadales y municipales, siguiendo la orientación establecida en la Enmienda n.º 2 C. de 1961, sancionada en 1983. En esta forma, en cuanto al régimen de remuneraciones y pensiones, el poder nacional tiene competencias expresas para su regulación respecto de los tres niveles territoriales.

---

87 Véase nuestra propuesta en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente),* t. II, cit., p. 182. Cfr. en general íd., *El Estatuto del funcionario público en la Ley de Carrera Administrativa,* Caracas, Comisión de Administración Pública, 1971.

88 Cfr. en general, sobre el régimen constitucional de los funcionarios públicos, ANTONIO DE PEDRO FERNÁNDEZ, "Algunas consideraciones sobre la función pública en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela", en *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela,* vol. I, cit., pp. 307 a 342.

89 Véase sentencia de la Sala Constitucional n.º 2399 del 29 de agosto de 2003, caso Interpretación de las normas contenidas en los artículos 4 del Régimen Transitorio de Remuneraciones de los más Altos Funcionarios de los Estados y municipios, Comisión Legislativa Nacional de 2000 (consultada en original).

90 *Gaceta Oficial* n.º 37.412 del 26 de marzo de 2002.

La Constitución estableció, además, algunos principios relativos a incompatibilidades respecto de los funcionarios públicos. Así, conforme al artículo 148, y siguiendo la orientación del artículo 123 C. de 1961, nadie puede desempeñar a la vez más de un destino público remunerado, a menos que se trate de los cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes que determine la ley. Se eliminó de las excepciones la referencia a los cargos edilicios y electorales que establecía el texto de 1961 (art. 123).

En todo caso, la aceptación de un segundo destino que no sea de los exceptuados siempre implica la renuncia del primero, salvo cuando se trate de suplentes, mientras no reemplacen definitivamente al principal.

En cuanto a las jubilaciones o pensiones se estableció en la Constitución que nadie puede disfrutar más de una, salvo los casos expresamente determinados en la ley.

El artículo 145 C., por otra parte, estableció el principio de que quien esté al servicio de los municipios, de los estados, de la República "y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales", no puede celebrar contrato alguno con ellas, ni por sí ni por interpuesta persona, ni en representación de otro, salvo las excepciones que establezca la ley. Se destaca, de esta norma, la referencia a la clasificación de las personas jurídicas en el derecho público, en sus dos vertientes, que hemos propuesto desde hace años: por una parte, las personas jurídicas de derecho público y las personas jurídicas de derecho privado, según la forma de creación; y por la otra, las personas jurídicas estatales y las personas jurídicas no estatales, según su integración o no a la organización general del Estado[91].

XIII. EL URBANISMO, EL MEDIO AMBIENTE Y LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

En la Constitución de 1999 también constituye una novedad, en cuanto a la regulación de los derechos constitucionales, el conjunto de normas contenidas en el capítulo relativo a los derechos ambientales[92].

En el mismo, en el artículo 127, se establece que es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Además, toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. La consecuencia de estos derechos es que el Estado debe proteger el ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. Se agrega, además, que es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad

---

91 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido general de la problemática actual de la clasificación de los sujetos de derecho", *Revista de la Facultad de Derecho,* n.º 57, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1976, pp. 115 a 135.

92 Véase, en general, FORTUNATO GONZÁLEZ CRUZ, "El ambiente en la nueva Constitución venezolana", en *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías,* t. III, cit. pp. 2917 a 2923; GERMÁN ACEDO PAYAREZ, "La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 y los denominados 'derechos ambientales'", ibíd., pp. 2925 a 2978; LUCIANO PAREJO ALFONSO, "El derecho al medio ambiente y la actuación de la Administración Pública", ídem, t. III, pp. 2979 a 2994; ALBERTO BLANCO-URIBE QUINTERO, "El ciudadano frente a la defensa jurídica del ambiente en Venezuela", ídem, t. III, pp. 2995 a 3008; e íd. "La tutela ambiental como derecho-deber del Constituyente. Base constitucional y principios rectores del derecho ambiental", *Revista de Derecho Constitucional,* n.º 6, Caracas, Edit. Sherwood, 2002, pp. 31 a 64.

con la ley. Por último, la Constitución prohíbe además la patentabilidad del genoma de los seres vivos, remitiéndose a la ley que se refiere a los principios bioéticos la regulación de la materia.

El artículo 156 C. atribuye como competencia exclusiva del poder nacional "las políticas *nacionales* y la legislación en materia [de] ambiente, aguas [...] y ordenación del territorio" (ord. 23); y "la legislación sobre ordenación urbanística" (ord. 19). Además, la Constitución atribuye a los municipios competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de "protección del ambiente y cooperación con el saneamiento ambiental" (art. 178.4).

En todo caso, la ley fundamental en esta materia hasta 2005 era la Ley Orgánica del Ambiente de 1976[93], donde se regularon las actividades susceptibles de contaminar el ambiente y el régimen de autorizaciones administrativas correspondiente. Dicha ley se derogó por la Ley Orgánica para la planificación y gestión de la ordenación del territorio[94], que se sancionó con el objeto de establecer las disposiciones que regirán el proceso general para la planificación y gestión de la ordenación del territorio, en concordancia con las realidades ecológicas y los principios, criterios, objetivos estratégicos del desarrollo sustentable, que incluyan la participación ciudadana y sirvan de base para la planificación del desarrollo económico y social de la Nación; y en la cual se definió por ordenación del territorio a la política de Estado, dirigida a la promoción y regulación de la ocupación y uso del territorio nacional, a la localización y organización de la red de centros poblados de base urbana y rural, las actividades económicas y sociales de la población y la cobertura del equipamiento de infraestructuras de servicios, en armonía con el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales y la prevención de riesgos naturales, en función de la protección y valoración del ambiente, a fin de lograr los objetivos del desarrollo sustentable, crear las condiciones favorables a la recepción del gasto público y la orientación de la inversión privada como parte integral de la planificación económica y social de la Nación (art. 2).

En esta materia, además, el artículo 178.4 le atribuye en forma exclusiva a los municipios, en cuanto concierne a la vida local, competencias en materia de "protección del ambiente y cooperación con el saneamiento ambiental". El artículo 184 C., además, confirma la competencia de estados y municipios en materia de "servicios ambientales".

Debe indicarse, de otra parte, que el artículo 129 C. ha elevado a rango constitucional el requisito, que hasta ese momento tenía rango reglamentario, de que todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas deben ser previamente acompañadas de estudios de impacto ambiental y socio cultural. El mismo artículo 129 C. dispone además que el Estado debe impedir la entrada al país de desechos tóxicos y peligrosos, así como la fabricación y uso de armas nucleares, químicas y biológicas, remitiendo a una ley especial la regulación del uso, manejo, transporte y almacenamiento de las sustancias tóxicas y peligrosas.

Por otra parte, como ya se ha señalado, el propio artículo 129 C. establece que en los contratos que la República celebre con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o en los permisos que se otorguen, que involucren los recursos naturales, se debe considerar incluida, aun cuando no estuviera expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico, de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenidas, y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultara alterado, en los términos que fije la ley.

---

93 Véase la Ley Orgánica del Ambiente en *Gaceta Oficial* n.º 31.004 del 16 de junio de 1976.

94 Véase en *Gaceta Oficial* nº 38.263 del 2 de septiembre de 2005

En cuanto a la política de ordenación del territorio, el artículo 128 C. impone al Estado la obligación de desarrollar una política de ordenación del territorio atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, económicas, políticas, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, que incluya la información, consulta y participación ciudadana.[95]. Adicionalmente, el artículo 178 le atribuye expresamente a los municipios competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de "ordenación territorial"; y el artículo 184 confirma la competencia de estados y municipios en este asunto, por ejemplo, al referirse al "mantenimiento de áreas industriales".

En cuanto al urbanismo, se trata de una materia de la competencia concurrente de las entidades político territoriales, de manera que el artículo 184 C., atribuye competencia tanto a los estados como a los municipios en cuanto al "mantenimiento y conservación de áreas urbanas". Además, el poder nacional tiene competencia exclusiva para el establecimiento, coordinación y unificación de normas y procedimientos técnicos para obras de ingeniería, de arquitectura y de urbanismo y la legislación sobre ordenación urbanística, (art. 156.19). Adicionalmente el poder municipal tiene competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de ordenación urbanística, parques, jardines, plazas, balnearios, otros sitios de recreación, arquitectura civil, nomenclatura y ornato público (art. 178.1). Se trata, por tanto, de una materia de la competencia concurrente entre el poder nacional, el poder estadal y el poder municipal, que fue regulada detalladamente en la derogada Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 1987[96], en la cual, además del sistema de planes, se estableció el marco regulatorio del control urbanístico que ejercen las autoridades locales mediante el otorgamiento de las constancias de variables urbanas fundamentales, tanto para las urbanizaciones como para las edificaciones. Dicha ley ha sido sustituída por la antes mencionada Ley orgánica para la planificación y gestión de la ordenación del territorio de 2005, que refundió sus disposiciones con las de la antigua Ley Orgánica para la ordenación del territorio.

XIV. LOS BIENES PÚBLICOS

La Constitución de 1999, por primera vez en el constitucionalismo venezolano, declaró como del dominio público una serie de bienes, régimen que, con anterioridad, sólo estaba regulado en el Código Civil y, más recientemente, en algunas leyes especiales.

En esta forma, la Constitución declara como bienes del dominio público a los yacimientos mineros y de hidrocarburos (art. 12), pero con anterioridad a esta constitucionalización, ya la Ley de Minas de 1999 lo había establecido (art.2.º), así como la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos de 1999 (art. 1.º). La Constitución, por otra parte, también declara que "las costas marinas son bienes del dominio público" (art. 12); lo cual se complementó en la Ley de Conservación y Saneamiento de Playas de 2000 (art. 2), sustituida por la Ley de Zonas Costeras[97]. Por otra parte, en cuanto a las aguas, el artículo 304 C. establece que "todas las aguas son del dominio público de la Nación, insustituibles para la vida y el desarrollo".

---

95 *Gaceta Oficial* n.º Extra. 3.238 del 11 de agosto de 1983. Cfr. además, ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1983.

96 *Gaceta Oficial* n.º 33.868 del 16 de diciembre de 1987. Cfr. además, ALLAN R. BREWER-CARÍAS et ál. *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1988.

97 Decreto Ley n.º 1.468, *Gaceta Oficial* n.º 37.349 del 19 de diciembre de 2001. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "El nuevo régimen de las zonas costeras. Inconstitucionalidades, dominio público, limitaciones a la propiedad privada e insuficiencias normativas" en *Ley Habilitante del 13 de noviembre de 2000 y sus Decretos Leyes*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2002, pp. 245 a 294

Además, otras normas constitucionales también regulan bienes del dominio público, aun cuando sin utilizar este calificativo jurídico: se trata, por ejemplo, de las "armas de guerra", respecto de las cuales el artículo 324 declara que sólo el Estado puede poseerlas y usarlas, de manera que "todas las que existan, se fabriquen o se introduzcan en el país pasarán a ser propiedad de la República sin indemnización ni proceso" (art. 324). Por otra parte, el artículo 303 C. dispone que "por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional, el Estado conservará la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela, S. A., o del ente creado para el manejo de la industria petrolera", lo que implica una declaratoria indirecta de dominio público de dichas acciones societarias, que son inalienables.

Ahora bien, la declaratoria de todos estos bienes como del dominio público en la propia Constitución, implica limitaciones a la potestad contractual de los entes públicos, particularmente por la inalienabilidad de los mismos, lo que implica la prohibición de cualquier contrato de interés público que pueda significar la enajenación de estos bienes.

Sin embargo, la propia Constitución prevé el régimen de concesiones para la explotación de los bienes que sean "recursos naturales propiedad de la Nación", las cuales pueden ser otorgadas con exclusividad o sin ella, por tiempo determinado, y asegurando, siempre, la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público" (art. 113). En cuanto a las concesiones mineras, en particular, se dispone en el artículo 156.16 C. que "el Ejecutivo nacional no podrá otorgar concesiones mineras por tiempo indefinido"[98].

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 542 C. C. se consideran como tierras baldías los bienes inmuebles que no tengan dueño, las cuales se habían configurado históricamente como parte del dominio privado de los estados de la Federación, aun cuando administrados por la República. Ahora, el artículo 164.5 C. de 1999 le atribuye a los estados la administración de las tierras baldías, aun cuando "el régimen" de las mismas debe ser establecido por ley nacional (art. 156.16).

Como bienes que tradicionalmente habían sido del dominio privado de los estados, las tierras baldías podían ser objeto de contratación, en el sentido de que por ejemplo, podían ser enajenadas o arrendadas con la sola excepción que establece la Constitución y es en relación con las tierras baldías existentes en las dependencias federales y en las islas fluviales o lacustres, las cuales "no podrán enajenarse y su aprovechamiento sólo podrá concederse en forma que no implique, directa ni indirectamente, la transferencia de la propiedad de la tierra" (art. 13). Las "dependencias federales" a que alude esta norma son las islas marítimas no integradas en el territorio de un Estado de la federación, así como las islas que se formen o aparezcan en el mar territorial o en el que cubra la plataforma continental (art. 7 y 11).

Sin embargo, en cuanto a las tierras baldías, no sólo desde 1960, por disposición de la vieja Ley de Reforma Agraria[99], se estableció que los baldíos quedaban afectados a dicha reforma agraria por lo cual no podían enajenarse, gravarse ni arrendarse a menos que el Ejecutivo nacional lo autorizase por ser necesarias para otros fines de utilidad pública o social (art. 15); sino que desde el 13 de noviembre de 2001 al promulgarse la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario[100], en su artículo 99 se dispuso que a partir de esa fecha:

---

98 . Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Prólogo" sobre "El régimen constitucional aplicable a las concesiones de obras y servicios públicos", en ALFREDO ROMERO MENDOZA et ál., *Régimen Legal de las Concesiones Públicas,* Caracas, 2000, pp. 9 a 16.

99 . *Gaceta Oficial* n.º 611 Extra del 19 de marzo de 1960

100. Véase Decreto Ley n.º 1.546 publicado en *Gaceta Oficial* n.º 37.323 del 13 de noviembre de 2001

Las tierras propiedad de la República, los Estados, los Municipios y demás entidades, órganos y entes de la Administración Pública descentralizados funcionalmente, conservan y serán siempre del dominio público e igualmente, conservan y mantendrán siempre su carácter de imprescriptibles[101].

Esta norma, sin duda, constituye una novedad en el ordenamiento jurídico venezolano, pues a partir de la entrada en vigencia de la Ley (2001) produjo un cambio radical en el régimen jurídico de los bienes patrimoniales del Estado, es decir de las personas jurídicas estatales (de la República, los Estados, los Municipios y las entidades estatales descentralizadas funcionalmente), cualquiera que hubiese sido su naturaleza precedente, los cuales han sido objeto de una declaratoria general como bienes del dominio público, habiendo adquirido a partir del 13 de noviembre de 2001, el carácter de bienes inalienables e imprescriptibles.

Por otra parte, entre los bienes inmuebles de los municipios, la Constitución define a los ejidos, presumiendo, además, que son tales "los terrenos situados dentro del área urbana de las poblaciones del municipio, carentes de dueño, sin menoscabo de legítimos derechos de terceros, válidamente constituidos" (art. 181). Los ejidos, a pesar de que conforme al artículo 181 C. "son inalienables e imprescriptibles", la misma norma agrega que "sólo podrán enajenarse previo el cumplimiento de las formalidades previstas en las ordenanzas municipales y en los supuestos que las mismas señalen", lo que ha sido regulado en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2005[102].

En relación con los baldíos y ejidos, en todo caso, también se aplica el régimen de concesiones antes indicado, conforme al mencionado artículo 113 C.

---

[101]. El texto del artículo ha permanecido igual (artículo 95), en la reforma de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario publicada en *Gaceta Oficial* n.º 5.771 Extra. del 18 de mayo de 2005

[102]. Arts. 149 y ss. *Gaceta Oficial* n.º 38.204 del 8 de junio de 2005. Cfr. los comentarios a dicha Ley en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, FORTUNATO GONZÁLEZ y JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ, *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2005.

SEGUNDA PARTE

LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

El derecho administrativo también puede decirse que es el derecho de las personas jurídicas que conforman el Estado. Por esa importancia que tienen para el derecho administrativo fue que MAURICE HAURIOU definió el mismo derecho administrativo como la rama del derecho público que tiene por objeto, precisamente, la organización y el ejercicio de los derechos por las personas administrativas[1]. En consecuencia, si es importante para el derecho administrativo el estudio de la Administración Pública, la cual está integrada por las unidades administrativas que constituyen los órganos de tales personas jurídicas estatales, lo es aun más el estudio de estas, que son las que actualizan la voluntad del Estado cuando esos órganos ejercen el poder público[2].

Por ello también, la personalidad jurídica es la clave para el estudio de la organización administrativa, porque en definitiva esta está conformada por los órganos que actualizan la voluntad de las personas jurídicas estatales; y asimismo, para el estudio de la actividad administrativa y de las relaciones jurídico administrativas, las cuales en definitiva son las que se establecen entre las personas jurídicas que conforman el Estado y los otros sujetos de derecho[3].

Nótese que hasta ahora hemos hablado de personas jurídicas estatales y no del Estado, pues éste en el ámbito constitucional interno, que es donde rige el derecho administrativo, puede decirse que no tiene personalidad jurídica. En realidad, como ya se ha dicho, de acuerdo con nuestra organización constitucional y administrativa, en las relaciones jurídi-

---

1 Véase MAURICE HAURIOU, *Précis de Droit Administratif*, Paris, 1893, p. 171. Cfr. además, ANTONIO MOLES CAUBET, "La personalidad jurídica del Estado", *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 8, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1956, pp. 21 a 56.

2 Sobre el tema nos hemos ocupado desde hace años: primero, en el *Informe sobre la reforma de la Administración Pública Nacional*, t. I, Caracas, Comisión de Administración Pública, 1972, pp. 306 y ss. y 611 y ss; segundo, en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido actual de la clasificación de los sujetos de derecho", *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, n.º 12, Buenos Aires, 1977, pp. 15 a 29; publicado también en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Central de Venezuela, n.º 57, Caracas, 1976, pp. 115 a 135; y en íd., *Fundamentos de la Administración Pública*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1980, pp. 223 a 248; *Régimen jurídico de las empresas públicas*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1980, pp. 35 y ss; *Estado de derecho y control judicial*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1987, pp. 555 y ss.; y *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1991, pp. 117 y ss.;

3 Cfr. JOSÉ PEÑA SOLÍS "El régimen de las personas jurídicas públicas (entes públicos) en Venezuela", en *Estudios de derecho administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, vol. II, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 313 a 367.

cas del ámbito interno el Estado está conformado no por una sino por un conjunto de personas jurídicas[4]; siendo el ámbito de las relaciones internacionales el único en el cual el Estado es una persona jurídica única.

Por supuesto, bajo este ángulo, la "Administración Pública" tampoco es una persona jurídica, ni puede decirse que hay muchas administraciones públicas como personas jurídicas. La Administración Pública, en realidad, es una organización que, por supuesto está conformada por un conjunto de órganos, los cuales además lo son de las personas jurídicas estatales, y que como tales órganos sirven para manifestar o actualizar la voluntad de éstas y, mediante ellas, la del Estado. La Administración Pública, por tanto, está conformada por los órganos de las personas jurídicas estatales (entes), los cuales, como lo precisa la misma Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001[5], son las unidades administrativas de dichas personas jurídicas estatales (art. 15).

En cuanto a esas personas jurídicas estatales que son los sujetos de derecho cuyos órganos conforman la Administración Pública, ellas son objeto de regulación por parte del derecho administrativo, porque en definitiva son los que establecen las relaciones jurídico administrativas con los otros sujetos de derecho. La Administración Pública, por tanto, se insiste, tampoco es una persona jurídica en sí misma, sino que los órganos que la conforman lo son de diversas personas jurídicas estatales. Por ello es que, precisamente, el tema de la personalidad jurídica tiene tanta importancia en el estudio y comprensión del derecho administrativo, pues condiciona todo su objeto.

En todo caso, como en tantos otros aspectos del derecho administrativo, la construcción de la teoría de la personalidad jurídica no puede hacerse con independencia de los principios y regulaciones de la teoría general del derecho y en especial del derecho civil, pues la idea de persona jurídica moral como sujeto de derecho es y tiene que ser una y única.

---

4 Véase sentencia de la sala Constitucional 1002 del 26 de mayo de 2004, caso Federación Médica Venezolana vs. Ministra de Salud y Desarrollo Social y el Presidente del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, *Revista de Derecho Público*, n.º 97 y 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, p. 148.

5 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 37.035 del 17 de octubre de 2001. Véanse los comentarios a la Ley en ALLAN R. BREWER-CARÍAS et ál. *Ley Orgánica de la Administración Pública,* Caracas, 2002.

§ 5. Las clasificaciones de las personas jurídicas

I. LA CLASIFICACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN EL CÓDIGO CIVIL

1. *La clasificación según las disposiciones del código civil*

De acuerdo al Código Civil, en el mundo del derecho, además de las personas naturales son reconocidos como sujetos de derecho, es decir, como entes capaces de derechos y obligaciones, una serie de "centros de intereses" a los cuales, para protegerlos jurídicamente, el ordenamiento jurídico les otorga el carácter de personas jurídicas o morales, como entidades abstractas; en definitiva, como "personas ficticias", tal y como las calificaron los Códigos Civiles de 1862 y 1873.

En una forma, el artículo 19 C.C. vigente dispone:

Son personas jurídicas y por lo tanto, capaces de obligaciones y derechos:

1.º La Nación y las Entidades políticas que la componen;

2.º Las Iglesias, de cualquier credo que sean, las universidades y, en general todos los seres o cuerpos morales de carácter público.

3.º Asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas de carácter privado.

Conforme a esta enumeración del Código Civil, en consecuencia, las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico venezolano, como resulta de la teoría general del derecho civil, son de dos tipos según el sustrato que les da razón de ser, sea un sustrato personal o un sustrato real: o se trata de *corporaciones* cuando el sustrato que las justifica y les da razón de ser lo constituye un conjunto de personas (sustrato personal), como una comunidad o una asociación de personas; o se trata de *instituciones* en el sentido de que lo que se busca proteger con la atribución de la personalidad jurídica es un conjunto de bienes (sustrato real), es decir, un patrimonio que se ha afectado a un fin. Esta distinción clásica y básica también se aplica a las personas en el ámbito del derecho administrativo, y es la que resulta del propio artículo 19 C.C.

En efecto, de esa norma resulta que en cada una de las dos grandes categorías de personas que regula el Código (personas o cuerpos morales de carácter público o de carácter privado) se identifican tanto un conjunto de corporaciones (comunidades o asociaciones) como un conjunto de instituciones.

1. *Entre las personas o cuerpos morales de carácter público,* en efecto, por una parte existen las corporaciones de derecho público, es decir, aquellas que tienen un sustrato personal que las sustenta, como son, por ejemplo, las comunidades políticas, las corporaciones públicas y las asociaciones de derecho público; y por la otra, las instituciones de derecho público, con un sustrato real (patrimonio) que es el que le da razón de ser.

PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO

-Base corporativa (sustrato personal)

- **Corporaciones de derecho público**
  - **.Comunidades públicas**
    - **-Comunidades políticas: personas político territoriales**
    - **-Comunidades indígenas**
    - **-Comunidades religiosas: Iglesias**
    - **-Comunidades universitarias: universidades nacionales**
  - **.Corporaciones públicas**
    - **-Colegios profesionales**
    - **-Academias nacionales**
- **Asociaciones de derecho público:**
    - **-Mancomunidades**
    - **-Asociaciones intergubernamentales**

-Base patrimonial (sustrato real)

- **Instituciones de derecho público**
    - **-Institutos autónomos**
    - **-Banco Central de Venezuela**

Entre las que constituyen *corporaciones*, es decir, que tienen como justificación de su personalidad la existencia de un sustrato personal o una base corporativa, se distinguen una serie de comunidades, las más importantes de las cuales son las que derivan de la organización política de la sociedad; y además, tanto una serie de corporaciones de derecho público propiamente dichas como una serie de asociaciones de derecho público.

En cuanto a las comunidades, en efecto, en primer lugar, están las comunidades políticas, es decir, las *personas político territoriales* que conforman la división y organización política del país, y cuya razón de existir la constituye la población asentada en el respectivo territorio, como comunidad política. Sobre ellas, el Código Civil enuncia a "la Nación y las entidades políticas que la componen", y que de acuerdo con la terminología de la Constitución de 1999 serían las personas jurídicas que derivan de la forma federal del Estado (art. 4.º) conforme a la distribución vertical del poder público "entre el poder municipal, el poder estadal y el poder nacional". Ello es lo que da origen a los tres niveles de personas jurídicas corporativas, como comunidades políticas, que integran al Estado: *la República*, que ejerce el poder nacional*; los estados,* que ejercen el poder estadal, y *los municipios* y demás entidades locales (entre ellas, los distritos municipales y metropolitanos), que ejercen el poder municipal.

En esta forma, el "Estado", como se dijo, en el derecho interno está conformado tanto por la República como por los estados y los municipios, así como por las demás entidades locales; siendo por tanto la República sólo una de las personificaciones del Estado en el ámbito nacional, y los estados federados y los municipios también personificaciones del Estado en sus respectivos ámbitos territoriales.

En segundo lugar, y sin que formen parte de la organización territorial del Estado, entre las comunidades políticas y conforme a la concepción constitucional sobre los pueblos indígenas, también se pueden identificar las comunidades indígenas reconocidas en el artículo 119 C.

En tercer lugar, también entre las comunidades que se califican como personas o cuerpos morales de carácter público el artículo 19 C.C. enumera a "las Iglesias de cualquier credo que sean y las universidades". Se trata, en este caso, a partir de 1873, del reconocimiento de personalidad jurídica a un conjunto de comunidades que existían para ese momento, en particular del reconocimiento de la personalidad jurídica de las universidades, que en 1873 se circunscribían a la Universidad Central de Venezuela, que era la única existente.

En cuanto a las "Iglesias de cualquier credo", si bien son comunidades religiosas, su enumeración entre los "cuerpos morales de carácter público" sólo tiene una explicación histórica derivada del principio del Patronato Eclesiástico aplicado, precisamente, en medio de los graves conflictos entre el Estado y la Iglesia que existían para cuando se sancionó el Código Civil de 1873, y en cuya redacción influyeron determinantemente en esa y otras normas[1].

Por otra parte, al agregar la norma del Código Civil la frase: "y, en general todos los seres o cuerpos morales de carácter público", ello permite identificar dentro de las corporaciones de derecho público otras corporaciones públicas que si bien no existían al momento de sancionarse dicho código, se fueron desarrollando con posterioridad, como es el caso de las corporaciones profesionales (colegios profesionales), generalmente abiertas, y las corporaciones académicas (academias nacionales) generalmente cerradas, todas reguladas por ley.

Los cuatro grupos anteriores de personas jurídicas de derecho público (comunidades públicas y corporaciones públicas) tienen, como se dijo, una base corporativa, es decir, la existencia de una comunidad o de una agrupación de personas cuyo origen está en la regulación concreta establecida en la Constitución o la ley, y que por ello no tiene su origen en un contrato de sociedad.

En otros casos, en cambio, las personas jurídicas o cuerpos morales de carácter público, siguiendo la terminología del Código Civil ("y, en general todos los seres o cuerpos morales de carácter público"), aun con base corporativa o sustrato personal, pueden tener su origen en un acuerdo de voluntades, es decir, en un contrato de sociedad, configurándose entonces la entidad como unas asociaciones de derecho público.

En este caso, se trata de personas jurídicas creadas mediante la asociación de personas de derecho público, como serían las mancomunidades municipales que se regulan en el artículo 170 C. y las demás asociaciones de carácter intergubernamental establecidas entre las personas jurídicas político territoriales.

Por otra parte, además de las corporaciones (comunidades o asociaciones de derecho público), entre las personas jurídicas o cuerpos morales de carácter público, conforme a la misma terminología del artículo 19.2 C.C. (al agregar: "y, en general todos los seres o cuerpos morales de carácter público") la cual es igualmente empleada en la Constitución de 1999 (art. 145); también se pueden identificar como personas jurídicas de derecho público las de carácter institucional o fundacional (sustrato real), como serían los "institutos autónomos", según la terminología acogida también en la Constitución (art. 142, entre otros), y que el propio Código Civil incluye en la expresión de "establecimiento público"[2].

2. Entre las *personas jurídicas o cuerpos morales de carácter privado,* a las que se refiere el artículo 19.3 C.C. (que son las personas jurídicas de derecho privado conforme a la terminología también seguida en la Constitución, art. 145, entre otros), están las "asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas de carácter privado", entre las cuales también se pueden identificar tanto las de carácter corporativo (sustrato personal) como institucional (sustrato real).

---

1 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, T. I, "Evolución histórica del Estado", San Cristóbal y Caracas, Universidad Católica del Táchira y Edit. Jurídica Venezolana, 1996, p. 338

2 Artículos 538, 900, 1000 y 1482. La misma expresión fue utilizada en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional desde la reforma de 1928.

PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO

-Base corporativa (sustrato personal)

● Corporaciones de derecho privado: comunidades privadas

-Comunidades universitarias: universidades

-Comunidades políticas: partidos políticos

-Comunidades laborales: sindicatos

● Asociaciones de derecho privado

-Sociedades civiles

-Sociedades mercantiles

-Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA)

-Base patrimonial (sustrato real)

● Fundaciones

Entre las primeras se puede también distinguir entre las personas de derecho privado de carácter corporativo y las de orden asociativo. Entre las primeras están las que tienen como sustrato personal determinadas comunidades, como serían, por ejemplo, las comunidades universitarias (universidades privadas), las comunidades políticas (partidos políticos o asociaciones con fines políticos) o las comunidades laborales (sindicatos).

Entre las segundas están las asociaciones, entre las cuales se destacan las sociedades civiles, sociedades mercantiles y las asociaciones cooperativas, cuya personalidad se adquiere mediante la protocolización de las actas constitutivas en oficinas de registro.

En cuanto a las personas de derecho privado o cuerpos morales de carácter privado de tipo institucional (sustrato real), están las "fundaciones lícitas", cuya personalidad también se adquiere con la protocolización de la correspondiente acta constitutiva en la respectiva oficina de registro.

Ahora bien, no todas las personas jurídicas enumeradas en el artículo 19 C.C. interesan al derecho administrativo ni son objeto de regulación formal por parte de esta disciplina. Entre ellas son objeto de estudio por el derecho administrativo, básicamente las de carácter estatal, es decir que forman parte de la organización general del Estado, sean de derecho público o de derecho privado; o sea, aquéllas que conforman lo que desde el punto de vista económico constituye el "sector público" (art. 289.3 C.). Esas son las que pueden considerarse como personas jurídicas *estatales* conforme a la terminología que adopta la Constitución (arts. 145 y 180 entre otros).

Pero también son objeto de estudio por nuestra disciplina aquellas personas jurídicas con forma de derecho público o de derecho privado que aun siendo *no estatales*, por el conjunto de potestades que les están atribuidas por ley o por las actividades que realizan vinculadas al interés público, están sometidas a un régimen de derecho administrativo. Es el caso, por ejemplo, de las comunidades indígenas, de los colegios profesionales y de las academias nacionales, que aun siendo "personas de derecho público" no son, en absoluto, de carácter estatal, pues no forman parte de la organización general del Estado. A pesar de ello, sin embargo, por las tareas que tienen encomendadas por ley, interesan al derecho administrativo.

Por otra parte, también son personas *estatales* todas aquellas personas jurídicas de derecho privado creadas y dirigidas por entes públicos, como sucede con las sociedades mercantiles de capital público (empresas del Estado), las sociedades civiles del Estado o las fundaciones del Estado. El carácter estatal de todas esas personas jurídicas, por tanto, es independiente de su forma jurídica de derecho público o de derecho privado. Por pertenecer a la organización administrativa del Estado (sector público), son objeto de regulación por parte del derecho administrativo.

Pero además, como se dijo, también interesan al derecho administrativo y están sometidas a sus regulaciones todas aquellas personas jurídicas que aun cuando no sean estatales porque no forman parte de la organización general del Estado, y conforme a la terminología del artículo 19 C.C. son "cuerpos morales de carácter privado", por su carácter de comunidades y por las actividades que realizan vinculadas al interés público o político también interesan al derecho administrativo y son objeto de sus regulaciones, como serían los partidos políticos, los sindicatos o las universidades privadas.

De lo anterior resulta, por tanto, la necesidad del empleo de dos clasificaciones distintas respecto de las personas jurídicas en el derecho administrativo: por una parte, la que distingue entre las personas jurídicas de derecho público y las de derecho privado, según la forma jurídica adoptada; y por la otra, la que distingue entre las personas estatales de las no estatales, como en su momento lo hizo ENRIQUE SAYAGUÉS LASO[3], según la integración del ente a la estructura y organización general del Estado. Estas dos clasificaciones son, precisamente, las que ha adoptado la Constitución de 1999, las cuales, por supuesto, contrastan con la clasificación tradicional (entre personas públicas y personas privadas) que se había utilizado respecto de las personas jurídicas en el derecho administrativo, y que sólo muy excepcionalmente se ha utilizado en textos legislativos[4].

2. *Las clasificaciones según las disposiciones de la Constitución*

Como ya se ha dicho, el artículo 145 C. establece la doble distinción respecto de las personas jurídicas, por una parte, entre las personas jurídicas de derecho público y las personas jurídicas de derecho privado; y por la otra, entre las personas jurídicas estatales y las personas jurídicas no estatales; clasificación que propusimos hace décadas[5]; distinciones se recogen, además, en otras normas constitucionales, como los arts. 142, 159, 168, 180, 189.1 190, 289, 318 y 322.

La *primera* clasificación distingue entre las personas jurídicas estadales, que forman parte de la organización general del Estado en sus tres niveles territoriales o, si se quiere, del sector público; y las personas jurídicas no estatales, que no forman parte del Estado o del sector público; y la *segunda* clasificación distingue, según la forma jurídica que adoptan las personas jurídicas, entre personas jurídicas de derecho público, como los institutos autónomos, y personas jurídicas de derecho privado, como las sociedades anónimas del Estado (*empresas del Estado* o *empresas públicas,* conforme las denominan los arts. 189.1 y 184.4 C., respectivamente).

II. EL PROBLEMA DE LA CLÁSICA Y SUPERADA DISTINCIÓN ENTRE LAS "PERSONAS PÚBLICAS" Y LAS "PERSONAS PRIVADAS"

Ahora bien, en virtud de que la Constitución se refiere a las personas jurídicas estatales y a las personas jurídicas de derecho público, como objeto de regulación por el derecho administrativo, ello nos conduce a que tengamos que plantear la interrogante de si dichas

---

3 Cfr. ENRIQUE SAYAGUÉS LASO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Montevideo, 1953, pp. 165, 173 y ss.

4 Fue el caso del artículo 1.3 de la derogada Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 1965, en el cual se hizo referencia a las "personas públicas y privadas", *Gaceta Oficial*, n.º 27921 del 22 de diciembre de 1965.

5 Véase lo expuesto en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido actual de la clasificación de los sujetos de derecho", *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, n.º 12, Buenos Aires, 1977, pp. 15 a 29; *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Central de Venezuela, n.º 57, Caracas, 1976, pp. 115 a 135; y en *Fundamentos de la Administración Pública*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1980, pp. 223 a 248.

personas estatales o las personas de derecho público coinciden o no con lo que de acuerdo a la terminología usada con frecuencia se ha denominado "personas públicas", por oposición a las "personas privadas".

Esta distinción entre personas públicas o personas privadas, que pudo haber tenido alguna aplicación hasta comienzos del siglo pasado, cuando no existía la diversidad de entes administrativos que conforman la Administración Pública contemporánea, en la actualidad es insostenible. Por ello, la Constitución de 1999, debido al universo de las entidades que con personalidad jurídica actúan en el mundo contemporáneo, ha desechado esa clásica distinción entre personas públicas y personas privadas por resultar insuficiente para clasificarlas. Han sido el proceso de publicización del campo de lo privado, tan característico de la ruptura de los moldes clásicos del Estado liberal abstencionista, y la privatización jurídica del campo de lo público, por la tendencia creciente del Estado de despojarse de su *imperium*, los que, entre otros factores, han provocado la obsolescencia y, a veces, la imposibilidad de aquella distinción otrora simple[6]. La misma, por otra parte, se basaba en diversos criterios o índices que en realidad apuntaban a otros fines. Esos criterios, por ejemplo, fueron resumidos por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en una confusa sentencia del 26 de agosto de 1989 en la cual, supuestamente refiriéndose a la distinción entre personas jurídicas de derecho público y de derecho privado, en realidad lo hizo utilizando los viejos criterios relativos a la clásica distinción entre personas públicas y personas privadas, en la siguiente forma:

El primer problema a dilucidar lo constituye, por tanto, determinar si los partidos políticos pueden dictar actos administrativos, y, en consecuencia, ser recurridos ante la jurisdicción contencioso administrativa. Tal determinación requiere un examen previo acerca de la naturaleza jurídica de los Partidos Políticos. Para ello es necesario precisar si los Partidos Políticos se inscriben en la categoría de las personas jurídicas de derecho público, o si, por el contrario, son personas jurídicas de derecho privado.

La configuración de un esquema que permita establecer tal distinción constituye uno de los problemas más debatidos en la literatura jurídica. Al efecto, se han manejado diversos criterios como el de *los fines públicos o privados* que realizan. La insuficiencia de este criterio ha sido, empero, puesta de relieve por la doctrina. Ferrara ha resaltado cómo un mismo fin puede hacer surgir, según las circunstancias, un organismo paraestatal de naturaleza pública, o una persona jurídica privada.

Un segundo criterio manejado por la doctrina ha sido el de la existencia de prerrogativas. Según esta tesis, la persona jurídica de derecho público se caracteriza por *participar de la potestad de imperium,* típica del Estado.

Esta teoría que tiene su origen en Jellinek ha sido seguida en Italia por varios civilistas como Coviello y Ferrara. Conforme a ella, las personas jurídicas públicas deben participar de aquellas características que son exclusivas y esenciales del Estado, y que, como tales, las colocan en una posición de preeminencia sobre los sujetos privados. Empero, también ha sido cuestionada por algunos autores como criterio único.

En tercer lugar se encuentra el criterio de la *integración de la persona jurídica dentro de la organización del Estado.* En este sentido se ha dicho que la persona pública, a diferencia de la privada, es parte de la administración pública, criterio que también ha

---

6 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "La interaplicación del derecho público y del derecho privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del derecho administrativo" en *Las formas de la actividad administrativa. II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías 1996,* Caracas, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), 1996, p. 23 a 73.

sido cuestionado ya que existen personas jurídicas de derecho público a las cuales el legislador expresamente califica de tales sin que formen parte de la estructura general del Estado, como los colegios profesionales.

Un cuarto criterio lo constituye el de *la creación del ente por un acto de poder público.* Es el criterio del origen de la entidad al cual se refiere Renato Alessi al reconocer el carácter público solamente a las entidades que tienen su origen directamente en un acto del poder estatal. En este sentido puede decirse que, en nuestro país, sin temor a equívocos, son personas jurídicas de derecho público los institutos autónomos, el Banco Central de Venezuela y el Banco Industrial de Venezuela, ya que son creados directamente por el legislador.

Y por último, la doctrina ha hecho referencia al *criterio de la forma,* y según la cual, en esta teoría serían personas jurídicas públicas las que adopten una forma propia en esta rama del derecho (derecho público); y las privadas, las que adopten una forma que corresponde al derecho privado, como por ejemplo las asociaciones civiles, las sociedades civiles y las sociedades mercantiles, las cuales conservan su naturaleza jurídica privada aun cuando formen parte de la administración pública.

Como se observa, más que un criterio único, la doctrina ha hecho hincapié acerca de los signos o índices reveladores de la personalidad jurídica de derecho público, que pueden ser concurrentes.

A juicio de esta Corte, entre los índices mencionados existen tres que son fundamentales para determinar la naturaleza jurídica-pública de un determinado organismo a saber: su ubicación dentro de la administración pública, el disfrute de prerrogativas inherentes al Estado o su creación por un acto del poder público[7].

Esa distinción identificaba a la "persona pública" con las organizaciones integradas al Estado (inicialmente las personas territoriales y posteriormente, los establecimientos públicos) que adoptaban solamente las formas jurídicas originarias del derecho público (instituto autónomo, p. ej.) y que, como consecuencia, estaban regidas por el derecho público; y en el mismo sentido, identificaba a las "personas privadas" con las organizaciones establecidas por los particulares o entidades privadas (sociedades y fundaciones), que adoptaban solamente las formas jurídicas originarias del derecho privado (compañía anónima, p. ej.) y que, como consecuencia, estaban regidas por el derecho privado.

La realidad jurídica actual, por el contrario, muestra que esa distinción tradicional se ha roto totalmente, al menos con relación a los elementos que le daban sentido[8].

1. *La interaplicación del derecho público y del derecho privado a los diversos sujetos de derecho*

Para comenzar por el último de los elementos en los cuales se basaba dicha distinción, no puede decirse en la actualidad que el derecho público o el derecho privado sean el orden exclusivo de determinados sujetos de derecho: derecho público para sujetos estatales o para las personas de derecho público, y derecho privado para los particulares o para las personas de derecho privado.

En efecto, las personas jurídicas creadas por los particulares, si bien están sometidas a una regulación que les es propia (derecho privado), ella ni es exclusiva ni excluyente. No es exclusiva, pues el derecho privado se aplica sin discusión, en la actualidad, a todos los

[7] Véase *Revista de Derecho Público*, N.º 39, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1989, pp. 149 A 151.

[8] Véase lo expuesto en ALLAN R. BREWER-CARÍAS "La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido actual de la clasificación de los sujetos de derecho", cit, notas 2 y 10

sujetos de derecho calificados usualmente como públicos, y en este sentido a entidades tradicionalmente consideradas como públicas como las personas político territoriales, en campos como el de la responsabilidad administrativa, por ejemplo. Cuando el Estado era irresponsable, por supuesto, como sucedió en el absolutismo, para superar las injusticias que ello provocaba hubo que acudir a la ficción del "Fisco" que, como persona jurídica estatal, sí estaba sometida al derecho privado. Así surgió la teoría del Estado-Nación y Estado-Persona-Fisco, superada desde el siglo XIX. El sometimiento del Estado al derecho -Estado de derecho- en efecto, dio origen a la reafirmación de la personalidad de los entes político territoriales, sometidos tanto a normas de derecho público como de derecho privado.

Por otra parte, no es excluyente, pues además de las normas de derecho privado que se aplican como normativa propia a los particulares y a sus organizaciones, también se aplican a éstos -que cada vez más se mueven bajo la sombra del Estado- las normas de derecho público, otrora reservadas a los entes del Estado.

Además, y bajo el otro ángulo, el derecho público tampoco es en la actualidad el cuerpo normativo exclusivo de los entes públicos. La superación de las consecuencias de la consideración del Estado de derecho como Estado liberal abstencionista, mediante el desarrollo progresivo del Estado democrático y social de Derecho, de mecanismos de intervención del Estado en la actividad de los particulares y de participación estatal en actividades netamente económicas, inclusive sin carácter subsidiario frente a aquellos, ha provocado la aplicación sucesiva del derecho público a entidades de particulares, tal como ha sucedido en el campo financiero. ¿Quién duda, por ejemplo, que muchas veces un banco privado no está sometido a mayores controles y normas propias del derecho público, que muchos entes autónomos del mismo Estado? El derecho público, por tanto, aun cuando es la normativa propia de las organizaciones del Estado, ni es exclusiva de ellas ni, como se dijo, excluye la aplicación a las mismas de normas de derecho privado.

En la actualidad, por tanto, hay una interaplicación evidente de normas de derecho público y normas de derecho privado a todos los sujetos de derecho[9]. Lo único válido, en este campo, es la constatación de que, generalmente, por la integración de los entes a la organización del Estado o por los fines de interés social que desarrollan los sujetos estatales o los particulares; o al contrario, por el carácter exclusivamente particular y privado de los sujetos, habrá una preponderancia en el régimen jurídico de los mismos, de normas de derecho público o de normas de derecho privado. Sólo el análisis del derecho positivo en cada caso concreto permitirá establecer el ámbito y significado de dicha preponderancia; pero ello no arrojará ninguna luz sobre la naturaleza estatal o no estatal del sujeto o sobre la forma jurídica que se haya adoptado para que actúe en la vida jurídica.

Como consecuencia, los criterios que tratan de establecer una distinción entre personas públicas y personas privadas basadas en "el régimen jurídico en el cual se mueven"[10] o en el "régimen jurídico al cual están sometidas dichas entidades"[11], ante la interacción permanente de las normas de derecho público y de derecho privado a los sujetos de derecho, en realidad no pueden tener valor como tales, pues a lo sumo lo que podrá resultar será una preponderancia de régimen jurídico de derecho público o de derecho privado.

---

9 Cfr. íd. "La interaplicación del derecho público y del derecho privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del derecho administrativo", cit. pp. 23 a 73.

10 Cfr. E. Sayagués Laso, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, cit. p. 175.

11 Cfr. E. Lares Martínez, *Manual de derecho administrativo*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1975, p. 350.

Esta preponderancia, en todo caso, resultará de la integración o no del ente a la estructura organizativa del Estado y de la forma jurídica adoptada para su personificación, y en todo caso será una consecuencia proveniente del derecho positivo, y no la causa de una pretendida distinción.

2. *La variedad de las formas jurídicas adoptadas para los sujetos de derecho*

Tal como se dijo, la distinción entre "personas públicas" y "personas privadas" entre otros factores, reposaba sobre la distinción de las formas jurídicas adoptadas: los entes públicos adoptan las formas jurídicas admitidas por el derecho público, y los particulares, para actuar, utilizaban sólo las formas jurídicas reguladas y admitidas por el derecho privado. Así, había una perfecta identificación entre la naturaleza del ente -pública o privada-, y la forma jurídica adoptada -de derecho público o de derecho privado- y el derecho aplicable -derecho público o derecho privado-.

Ahora bien, cuando el Estado actuaba sólo bajo sus formas jurídicas político territoriales (República, estados, municipios) no era difícil identificar las formas jurídico públicas con la naturaleza pública del ente; bajo esta misma orientación, cuando a comienzos del siglo pasado el Estado comenzó a utilizar mecanismos de descentralización funcional para realizar actividades en forma indirecta (descentralización funcional), creó la figura jurídico pública del "establecimiento público" conforme a la terminología recogida en nuestro derecho positivo (art. 538 C.C.), entre los cuales destacan los institutos autónomos (art. 142 C.). Hasta aquí, la identificación de "persona pública" con la forma jurídico personificada de derecho público era completa: las "personas públicas" tenían la forma jurídica que el derecho positivo admitía, establecidas en la Constitución o creadas por ley o decreto, como propias de las entidades estatales; en cambio, las "personas privadas" o particulares estaban revestidas de la forma jurídica que destinaba la legislación civil o mercantil para ellas: sociedades, asociaciones, fundaciones, constituidas conforme a lo previsto en el Código Civil.

Sin embargo, esta identificación, otrora absoluta, fue quebrantada en todos los países contemporáneos con motivo de los efectos de las crisis de la pre y posguerra del siglo pasado. El derecho, sin duda, producto de la lucha de intereses, también ha sido y es producto de las crisis. Pues bien, aquellas crisis y sus componentes: intervención del Estado en la economía, nacionalizaciones, asunción o creación *ex novo* de empresas, provocaron que el Estado se saliera de sus moldes clásicos y acudiera a utilizar otras formas previstas en el derecho positivo que los usos políticos conómicos habían reservado a los particulares: la forma societaria civil y mercantil, y la forma fundacional regulada en el Código Civil y en el Código de Comercio. Así, aparecieron innumerables organizaciones del Estado -personas estatales- con formas jurídicas de derecho privado: sociedades mercantiles de capital totalmente público o mixto, asociaciones civiles en las cuales un ente público era socio, y fundaciones en las cuales el Estado era el único fundador o uno de los fundadores.

Como consecuencia de ello, no pudo sostenerse más el criterio de que las formas jurídicas de las personas se correspondía con la naturaleza de las mismas: públicas o privadas. La forma jurídica personificada consagrada en el derecho positivo adquirió así su real sentido, el de una pura y simple forma, abstracta, neutra, tanto en relación con el contenido estatal o no de la organización, como con el carácter público o no de la actividad que pudiese realizar, o con el régimen jurídico, de derecho público o de derecho privado, que pudiera serle aplicable.

Por otra parte, no sólo fue el Estado el que recurrió a formas anteriormente reservadas a los particulares, sino que el propio derecho positivo, desde antes, venía reconociendo a ciertas corporaciones privadas carácter de personas jurídicas de derecho público, aun sin revestir las formas tradicionales establecidas en el derecho positivo. Así, por ejemplo, a los colegios profesionales se los reconoció como personas jurídicas de derecho público –cor-

poraciones o comunidades profesionales– (establecimientos públicos corporativos), a pesar de estar constituidas por particulares o profesionales los cuales, por ello, teóricamente debían acudir a las formas tradicionales que el derecho les reservaba (asociaciones civiles). Estas corporaciones, aun cuando se trata de comunidades de profesionales, no ha habido duda en considerarlas siempre y tradicionalmente como personas de derecho público, aunque no integradas en la estructura general del Estado.

De lo expuesto, resultó con evidencia que no era posible identificar la persona pública o privada como antes se hacía, con base en la forma jurídica adoptada para operarla. Esta, la forma, no puede prejuzgar sobre la naturaleza -pública o privada o estatal o no estatal- del ente. El Estado, para realizar sus actividades, ha acudido y acude a formas originarias del derecho público (establecimientos públicos) o a formas originarias del derecho privado (sociedades mercantiles); y los particulares, por su parte, si bien han acudido y acuden normalmente a formas originarias del derecho privado, pueden acudir a formas originarias del derecho público (establecimientos públicos corporativos) o participar en ellas.

En todo caso, y ello es incontestable, la forma jurídica regulada por el derecho positivo es un dato de extraordinaria importancia -como tal forma y exclusivamente como ella- para la comprensión de todo el fenómeno de la personalidad jurídica. De acuerdo a ello, como lo indica la Constitución de 1999 y se ha analizado anteriormente, las personas morales se clasifican en personas de derecho público (formas originarias del derecho público) o personas de derecho privado (formas del derecho privado). Pero ello, como forma, y salvo por lo que se refiere a las comunidades políticas de rango constitucional (personas político territoriales) no significa absolutamente nada sobre quién ni sobre cómo las constituyen, ni sobre la naturaleza de la actividad que realizan -pública o privada-, ni sobre su integración o no a la estructura organizativa del Estado, ni sobre el régimen jurídico -público o privado- que preponderantemente les es aplicable.

En este sentido, por ejemplo, como se ha señalado, son personas jurídicas de derecho público en el derecho positivo venezolano las siguientes: las personas político territoriales (República, estados federados, municipios) y las personas de derecho público no territoriales, como las comunidades públicas (indígenas y religiosas), las corporaciones públicas (colegios profesionales, universidades nacionales), las asociaciones de derecho público (mancomunidades) y los entes institucionales o fundacionales públicos (institutos autónomos). Son personas jurídicas de derecho privado, al contrario, las corporaciones privadas, como las comunidades de interés general (universitarias, sindicales, partidos políticos) y las asociaciones civiles y mercantiles (aun las creadas por el Estado y donde éste sea único accionista), y las fundaciones (aun las creadas por el Estado, y donde éste sea el único fundador).

Frente a esta clasificación y a pesar de que la forma jurídica de la persona no prejuzga sobre el régimen jurídico que le es aplicable, existe, sin embargo, una presunción en relación a la preponderancia de este régimen: las personas jurídicas constituidas con formas jurídicas originarias del derecho público tienen una presunción de preponderancia del derecho público en su régimen jurídico; al contrario, las personas jurídicas constituidas con formas jurídicas originarias del derecho privado tienen una presunción de preponderancia del derecho privado en su régimen jurídico. En tal sentido es que, por ejemplo, debe interpretarse la clasificación establecida en el artículo 29 LOAP, cuando distingue entre los entes descentralizados funcionalmente (personas jurídicas) con forma de derecho público, como las "creadas y regidas por normas de derecho público", y los entes descentralizados funcionalmente (personas jurídicas) con forma de derecho privado, como las "constituidas y regidas de acuerdo a normas del derecho privado".

3. *La integración de los diversos sujetos de derecho a la organización del estado*

Otra de las premisas de la formulación clásica de la distinción entre personas públicas y personas privadas era la integración o no de las mismas a la organización general del Estado, es decir, si formaban parte de lo que en general se denomina Administración Pública del Estado. Las "personas públicas", en esta forma, creadas con formas jurídicas de derecho público y con régimen de derecho público eran las que estaban integradas a la estructura del Estado y, por tanto, eran personas estatales; las personas privadas, en cambio, creadas por particulares, con formas jurídicas de derecho privado y sometidas a un régimen de derecho privado, eran las que no estaban integradas a dicha estructura organizativa del Estado y, por tanto, eran personas no estatales.

Sin embargo, este elemento de la distinción, al igual que el anteriormente analizado, fue también cuestionado por efecto de la propia realidad jurídico administrativa, que demostró que no podía establecerse identificación alguna entre persona pública y persona estatal, o entre persona privada y persona no estatal.

En efecto, la intervención del Estado en el proceso económico llevó a éste a crear entes jurídicos con forma de derecho privado (sociedades anónimas) con un régimen de derecho positivo casi íntegramente de derecho privado. Estos entes, a pesar de ello, sin embargo, eran y son personas jurídicas estatales en el sentido de que están integrados dentro de la estructura general de la Administración descentralizada funcionalmente del Estado. Tal es el caso, por ejemplo, de las empresas creadas por el Estado o institutos autónomos, los que a pesar de su forma societaria y de su régimen jurídico se consideran económicamente como parte del sector público, y jurídicamente como parte de la Administración Pública descentralizada.

Por el contrario, algunas personas jurídicas de derecho público, con un régimen preponderante de derecho público, como por ejemplo las corporaciones profesionales (colegios profesionales), sin embargo, no pueden considerarse como personas estatales -a pesar de su forma o carácter de derecho público- ya que no están integradas a la estructura general del Estado ni se las puede considerar parte de la Administración Pública descentralizada del mismo.

La integración de determinados sujetos de derecho a la estructura general del Estado, por tanto, si bien es otro dato de enorme importancia para la comprensión de todo el universo de las personas jurídicas, responde a criterios también de carácter formal (orgánico) y no puede prejuzgar sobre la naturaleza o no (pública o privada) del ente. No puede decirse, en efecto, que toda persona jurídica integrada a la organización administrativa descentralizada del Estado es una "persona pública", pues hemos visto cómo personas con formas jurídicas de derecho privado y régimen jurídico preponderante de derecho privado son parte integrante de la estructura estatal (sociedades anónimas de capital totalmente público, p. ej.), y al contrario, cómo personas jurídicas con formas de derecho público y régimen jurídico preponderante de derecho público no son parte integrante de la estructura general del Estado ni de su Administración Pública indirecta o descentralizada (colegios profesionales).

Ahora bien, así como no puede en la actualidad identificarse la "persona pública" pura, simple y exclusivamente con aquel sujeto de derecho sometido a un régimen preponderante o no de derecho público; ni con aquél que tenga una forma jurídica originaria del derecho público; tampoco puede identificarse con aquellos sujetos integrados a la estructura del Estado. Persona pública y persona estatal son dos nociones distintas que obedecen a distintas fundamentaciones (naturaleza del ente en un caso y organización formal en el otro), y por ello no deben confundirse. Lamentablemente, en muchos casos, aun cuando se reconoce que la distinción tradicional entre persona pública y persona privada no puede

plantearse en los mismos términos que le dieron origen, sin embargo, se acude a la distinción entre persona estatal y no estatal para fundamentar la misma distinción superada entre personas públicas y personas privadas, identificando en definitiva lo estatal con lo público y lo no estatal con lo privado, lo cual, evidentemente, no es adecuado[12].

En este sentido, verbigracia, si se analizan muchos de los intentos de la doctrina más moderna para establecer un criterio de distinción entre "personas públicas" y "personas privadas", resulta que, en realidad, lo que se está distinguiendo son las personas estatales de las no estatales, según su integración o encuadramiento a la organización del Estado.

En efecto, por ejemplo, uno de los elementos que JOSÉ ANTONIO GARCÍA TREVIJANO FOS aportó para la distinción es que los entes públicos eran "los que están con el ente de cobertura en una relación de derecho público, de manera que se encuadran en su organización general"[13]. En similar posición se colocaba FERNANDO GARRIDO FALLA, quien insistía que el "criterio fundamental para saber si una persona jurídica debe considerarse como de derecho público [es] su encuadramiento en la organización estatal", aun cuando llegaba a la conclusión de que las sociedades anónimas creadas por el Estado están deliberadamente desplazadas de su propia organización administrativa[14].

Salvo esto último, en realidad, el criterio de base que aducían ambos autores para distinguir las personas públicas de las privadas era en realidad válido para distinguir las personas estatales de las no estatales, lo cual, por sí mismo, no prejuzga sobre su naturaleza ni sobre su régimen jurídico.

Por otra parte, la distinción que introdujo CHARLES EISENMANN entre personas públicas y privadas también, en realidad, era una distinción entre personas estatales y no estatales. En efecto, EISENMANN partió de la consideración de que la distinción entre personas públicas y personas privadas, sometidas las primeras a un régimen de derecho público y las segundas a un régimen de derecho privado (único sentido de dicha clásica distinción, en nuestro criterio) ya no existía[15]; pero concluyó señalando que "la distinción entre las instituciones públicas y las instituciones privadas se fundamenta esencialmente sobre la incidencia patrimonial o financiera de sus actividades; más exactamente, sobre el régimen jurídico de esta incidencia"[16]. Con base en ello, señaló que las personas públicas serían aquellas en las cuales el costo de su actividad afectaba un patrimonio público, es decir, estaba cubierto esencialmente por recaudaciones autoritarias sobre patrimonios particulares, o por una masa de bienes y dinero que se separaban para constituirse en patrimonio distinto del patrimonio de una colectividad territorial[17]. En realidad, este criterio de distinción fundado sobre la incidencia patrimonial o financiera de los entes era una consecuencia de la distinción admitida por el derecho positivo entre personas estatales y no estatales; la actividad de las primeras, al estar integradas a la organización general del Estado, tiene una incidencia patrimonial y financiera en un patrimonio público; pero no podía servir de fundamento para la pretendida distinción entre personas públicas y personas privadas, cuyo origen tuvo otro sentido: el distinto régimen jurídico.

---

12 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "La interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del Derecho Administrativo", cit., nota 12.

13 Cfr. J. A. GARCÍA TREVIJANO FOS, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1974, p. 155.

14 Cfr. F. GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, vol. I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1973, pp. 342 a 343.

15 Cfr. CHARLES EISENMANN, "Prefacio" a E. P. SPILIOTOPOULOS, *La distintion des institutions publiques et institutions privées en droit français*, Paris, 1959, pp. III y IV.

16 Ibíd. p. V.

17 Ibíd. p. VI.

Una problemática similar se ha planteado al estudiar a las empresas públicas, pero se ha resuelto identificando el término "empresa pública" con organización económica para la producción de bienes y servicios del Estado[18]. En efecto, la noción de empresa pública no responde tampoco a una determinada forma jurídica de la organización económica sino a la integración o no de dicha organización a la estructura general del Estado, o a la participación patrimonial del Estado en la misma. Así, hay empresas públicas sin personalidad jurídica integradas a la Administración central del Estado (algunos fondos constituidos como patrimonios autónomos, o servicios autónomos sin personalidad jurídica, p. ej.); y empresas públicas con personalidad jurídica (Administración descentralizada) con forma de derecho público (institutos autónomos con fines económicos) o de derecho privado (sociedades mercantiles de capital público, a las cuales se denomina convencionalmente como empresas del Estado). En todos estos casos, el concepto de empresa pública como noción diferenciada de la empresa privada está fundamentado en la integración de la organización económica al sector público o en la participación del Estado en su patrimonio.

Pero, tal como se ha visto, la construcción de este criterio de empresa pública vinculado al carácter "estatal" de la organización ha obedecido a criterios y épocas distintas a la construcción de la diferencia entre persona pública y persona privada, por lo que identificar "persona pública" con "persona estatal" significaría desconocer el origen de aquella distinción y la realidad jurídica actual.

4. *El sentido de las clasificaciones*

Como conclusión de lo planteado anteriormente puede afirmarse que la distinción entre "persona pública" y "persona privada" pudo haber tenido sentido cuando se comparaban realidades extremas: por ejemplo, la República, por una parte, como persona político territorial (forma jurídica constitucional originaria del derecho público) sometida preponderantemente a un régimen de derecho público, y por la otra, una sociedad mercantil entre comerciantes (forma jurídica originaria del derecho privado) sometida preponderantemente a un régimen de derecho privado comercial. Para comparar y diferenciar estas realidades extremas -únicas que existían, jurídicamente hablando, durante el siglo XIX- la distinción podría utilizarse, y argumentarse, además, como consecuencia de la calificación: que las personas públicas normalmente serían las creadas por ley en virtud del interés público que perseguían; que estarían sometidas vinculatoriamente a la ley; que ejercerían potestades públicas; que tendrían una indisponibilidad patrimonial y el sometimiento a un régimen financiero de derecho público; que producirían actos administrativos en su actuación frente a los particulares (con las consiguientes garantías procesales para éstos y privilegios y prerrogativas de la Administración; presunción de legitimidad, ejecutividad, ejecutoriedad, etc.); que serían controlables ante la jurisdicción contencioso administrativa, y que estarían sometidas a un control público (político o de tutela).

Sin embargo, cuando no se trata de distinguir realidades extremas y relativamente simples de diferenciar -y no hay que olvidar que ante la simpleza de las realidades a distinguir el criterio para diferenciarlas, consecuencialmente, era un criterio simplista- no puede seguirse aferrando el análisis jurídico a aquel mismo criterio de diferenciación.

El problema, en todo caso, es un problema de derecho positivo, por lo que en la actualidad la distinción entre "personas públicas" y "personas privadas" no es posible establecerla, pues ese criterio de distinción entre esas realidades no sólo no proviene del derecho positivo, sino que no responde a la consecuencia que perseguía cuando se formuló: distinguir el régimen jurídico -de derecho público o de derecho privado- aplicable a los sujetos de derecho.

---

18 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Las empresas públicas en el derecho comparado*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1967.

En la actualidad, al contrario, el derecho positivo y la teoría jurídica nos muestran en realidad sólo dos criterios para afrontar la multiplicidad de realidades personificadas del Estado: la integración o no de la persona jurídica a la estructura general del Estado, estatales o no estatales (que formen o no parte de la denominada Administración Pública descentralizada); y la forma jurídica adoptada por la entidad, originaria del derecho público (creación por ley o en virtud de una ley) u originaria del derecho privado.

Como consecuencia de ello, frente a una persona jurídica determinada, dos son las preguntas que hay que formularse: ¿está o no integrada a la estructura general de la Administración Pública del Estado?, y ¿en qué forma? Es decir, ¿es una persona jurídica estatal o no estatal?; y ¿qué forma jurídica reviste la entidad? ¿Tiene una forma jurídica originaria del derecho público o del derecho privado?

La respuesta a estas preguntas dará, sin duda, una serie de datos que podrán contribuir a construir, en el caso concreto, las modalidades de su régimen jurídico y determinar las preponderancias que pueda haber del derecho público o del derecho privado. Del resto, en nuestro criterio, no tiene mayor sentido que se intente encasillar los sujetos de derecho dentro de las nociones "persona pública" o "persona privada", pues ello, en definitiva, no aporta nada desde el punto de vista del derecho positivo, salvo que se confunda -como es frecuente- persona pública con persona estatal, lo cual en nuestro criterio es incorrecto.

III. LOS CRITERIOS PARA LAS CLASIFICACIONES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Ahora bien, si se analiza el derecho positivo venezolano, tal como se dijo, en la clasificación de los sujetos de derecho sólo se distinguen los dos grupos señalados: por una parte, las personas jurídicas de derecho público y las personas jurídicas de derecho privado; y por la otra, las personas jurídicas estatales y las personas jurídicas no estatales.

1. *La distinción entre las personas jurídicas de derecho público y las personas jurídicas de derecho privado*

En efecto, en relación con el primer grupo, como se ha dicho, es la propia Constitución la que da origen a la distinción en su artículo 145 al establecer que "quien esté al servicio de los municipios, de los estados, de la República, y demás personas jurídicas de derecho público, o derecho privado estatales, no podrá celebrar contrato alguno con ellos". No hay duda de que el constituyente para establecer tal prohibición atendió a la integración del ente a la organización general del Estado, independientemente de que el ente tenga forma de derecho público o forma de derecho privado. Al establecer este principio, sin embargo, la Constitución estableció con toda claridad la clasificación entre personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado según la forma jurídica adoptada para crear o constituir el ente; distinción que también se recoge en el artículo 322 al referirse a "las personas naturales o jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado", como sujetos responsables de la seguridad de la Nación. La misma terminología se utilizó, además, en el artículo 318 C. cuando califica al Banco Central de Venezuela como persona jurídica de derecho público.

Esta distinción, por otra parte, es la que se sigue en el artículo 29 LOAP de 2001, al clasificar los "entes descentralizados funcionalmente" en dos tipos: en *primer lugar*, los entes descentralizados funcionalmente "con forma de derecho público" que integran aquellas "personas jurídicas creadas y regidas por normas de derecho público" las cuales pueden tener atribuido el ejercicio de potestades públicas; y en *segundo lugar,* los entes descentralizados funcionalmente "con forma de derecho privado" que están conformados por las personas jurídicas constituidas y regidas de acuerdo con las normas del derecho privado.

En este mismo sentido el propio Código Civil, al enumerar las personas jurídicas, luego de identificar las personas político territoriales (art. 19.1) y mencionar a las Iglesias, por la razón histórica antes reseñada, y a las universidades (art. 19.2), hace referencia a que también son personas jurídicas "todos los seres o cuerpos morales de carácter público" (art. 19.2); y esta expresión no puede ser tomada sino en sentido formal de personas jurídicas de derecho público, pues el ordinal siguiente del mismo artículo 19 identifica a las personas jurídicas de derecho privado: "las asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas de carácter privado", cuya personalidad se adquiere mediante la protocolización de su acta constitutiva en la oficina subalterna de registro respectiva.

La distinción entre personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado[19], en nuestro criterio, resulta entonces evidente de los artículos 145 C.; 29 LOAP; y 19 C.C.; y entre otros elementos de distinción (excepto por lo que se refiere a las Iglesias) está el dato de la creación o adquisición de la personalidad: en las personas jurídicas de derecho público generalmente es *ex lege* o en virtud de la Constitución; en cambio, en las personas jurídicas de derecho privado es en virtud de la protocolización o registro de su acta constitutiva.

Conforme a esta misma orientación, estimamos que cuando algunas leyes se refieren a "personas morales de carácter público", tal como lo hace la Ley de Abogados de 1966[20] para hacer obligatoria la retasa para quienes las representen en juicio (art. 26), en realidad se refieren a personas jurídicas de derecho público, es decir, con forma jurídica de derecho público, por lo que los representantes de una empresa del Estado constituida como sociedad anónima, en nuestro criterio, no estarían incluidos en la retasa obligatoria de honorarios a que se refiere esa norma.

En todo caso, debe señalarse que la distinción se había utilizado ampliamente en la legislación preconstitucional (C. 1999). Por ejemplo, en la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario[21], en la Ley Orgánica de Crédito Público[22] y en la Ley de Privatizaciones[23] se había incluido dentro de los organismos del sector público, entre otros, a los institutos autónomos y a las demás personas de derecho público (art. 1.3 y 2); en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República[24], al identificar los sujetos de control, se hacía referencia a los institutos autónomos, a los establecimientos públicos, al Banco Central de Venezuela y a las demás personas jurídicas de derecho público (art. 5.º); en el Estatuto de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública nacional, de los estados y de los municipios de 1985[25], se hacía referencia. entre otras, a las personas jurídicas de derecho público con forma societaria (art. 2.11); en la Ley Orgánica del

---

19 La Sala Constitucional en sentencia 1240 del 24 de octubre de 2000, al resumir la distinción ha señalado que: "el autor Jesús Caballero Ortiz, a manera esquemática clasifica a los organismos descentralizados funcionalmente en dos tipos de personas: personas de derecho público y personas de derecho privado. Dentro de las primeras se incluyen las siguientes: los institutos autónomos, las universidades nacionales, las sociedades anónimas creadas por ley y una persona de naturaleza única, como lo es el Banco Central de Venezuela. Dentro de las segundas se encuentran: las asociaciones civiles, las sociedades anónimas y las fundaciones (V. Jesús Caballero Ortiz, *Los institutos autónomos*, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, p. 50 y 51)", *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 378

20 *Gaceta Oficial* n.º Extra. n.º 1.081 del 23 de enero de 1967

21 *Gaceta Oficial* n.º 36.916 del 22 de marzo de 2000

22 *Gaceta Oficial* n.º 35.077 del 26 de octubre de 1992

23 *Gaceta Oficial* n.º 5.199 Extra. del 30 de diciembre de 1997

24 *Gaceta Oficial* n.º 5017 Extra. del 13 de diciembre de 1995

25 *Gaceta Oficial* n.º 35535 del 21 de agosto de 1990

Trabajo[26] en su artículo 668, al definirse el ámbito del sector público para el pago de prestaciones sociales adeudadas, se hace referencia a las personas de derecho público de rango constitucional (lit. a), a los institutos autónomos (lit. c) y a las personas de derecho público descentralizadas territorialmente (lit. e), y a las demás personas organizadas bajo el régimen de derecho público (lit. g). En la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público[27], al definir el patrimonio público, se mencionaba el que correspondía a los institutos autónomos, a los establecimientos públicos y a las demás personas jurídicas de derecho público (art. 4.3).

En cuanto a las leyes postconstitucionales sustitutivas de las anteriores, debe mencionarse a la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público[28], en la cual se utiliza la frase "personas jurídicas *estatales* de derecho público" (art. 6.7). Por su parte, en la Ley contra la Corrupción[29] de 2003 y la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 2001[30] se ha utilizado la frase "personas de derecho público nacionales, estadales, distritales y municipales" (arts. 4.6; y 9.9). En cuanto al Código Orgánico Tributario[31], en el mismo se ha utilizado la expresión: "personas de derecho público *no estatales*" (art.1.º).

2. *La distinción entre las personas jurídicas estatales y las personas jurídicas no estatales*

Como resulta de lo anteriormente expuesto, la Constitución es precisa al utilizar la integración a la estructura general del Estado de un ente, cualquiera sea su forma jurídica, para establecer la prohibición de contratar con sus funcionarios refiriéndose a "las personas de derecho público o de derecho privado *estatales*" (art. 145). La misma expresión se ha utilizado en la Constitución para regular la extensión de la inmunidad tributaria de la República y de los estados respecto de los impuestos municipales a las "personas jurídicas estatales" creadas por ellos (art. 180), o al referirse a las "empresas del Estado" para regular las condiciones de elegibilidad de los diputados a la Asamblea Nacional (art. 189). En estos casos, la Constitución ha atendido, antes que a la forma jurídica del ente, a su integración o no a la estructura general del Estado, lo cual se manifiesta, entre otros factores, por la participación patrimonial del Estado en el ente.

En el mismo sentido, se recurre al criterio de integración a la estructura general del Estado cuando se somete su control a "los intereses públicos en corporaciones o entidades de cualquier naturaleza" (art. 142) o cuando se precisa que las facultades de control por la Contraloría General de la República se extienden a las "personas jurídicas del sector público" (art. 289.3).

Por otra parte, en el orden legal, el derecho positivo ha adoptado en muchos casos el criterio de distinción entre personas estatales y no estatales para una determinada regulación, sin atender a su diversa forma jurídica. Así sucedió en innumerables leyes preconstitucionales. Tal fue el caso de la Ley que estableció el régimen para la conciliación, compensación y pagos de deudas entre organismos gubernamentales y entre éstos y los estados o los municipios del lº de septiembre de 1975, en la cual se definió como "organismos gu-

---

26 *Gaceta Oficial* n.º 5152 Extra. del 19 de junio de 1997

27 *Gaceta Oficial* n.º 3077 Extra. del 23 de diciembre de 1982

28 *Gaceta Oficial* n.º 38.198 del 31 de mayo de 2005

29 *Gaceta Oficial* n.º 37.606 del 09 de enero de 2003

30 *Gaceta Oficial* n.º 37.347 del 17 de diciembre de 2001

31 *Gaceta Oficial* n.º 4727 Extra del 27 de mayo de 1994

bernamentales" los equivalentes a lo que hemos denominado "personas estatales", pues se identifican por su integración a la organización general del Estado[32]. De la sola lectura de la enumeración de dicha ley es claro que las entidades a las cuales se aplicaba eran las personas estatales, que se denominan "organismos gubernamentales", independientemente de su forma jurídica -se incluía allí, indistintamente, a la República, a los institutos autónomos, a las empresas del Estado y a las fundaciones creadas por el Estado, p. ej.-, y el criterio que utilizaba para identificar estas personas estatales -organismos gubernamentales- era la integración a la estructura general del Estado, en unos casos identificada a través de aportes patrimoniales del mismo.

Igualmente, otras leyes habían utilizado el mismo criterio de distinción entre sujetos de derecho, basado en su integración o no a la estructura general de la organización del Estado. Esto también lo hizo la Ley de remisión, reconversión y consolidación de las deudas de los productores agropecuarios del 2 de julio de 1974,[33] al establecer la distinción entre personas jurídicas estatales y no estatales a los efectos de la reconversión, remisión y consolidación de la deuda agraria. En las personas estatales, que se denominaban "organismos o entidades de carácter público", se incluía, independientemente de su forma jurídica, a la República, a los institutos autónomos, a las empresas del Estado y cualquiera otra persona jurídica integrada a la estructura general del Estado, es decir, que formase parte del sector público.

En la derogada Ley Orgánica de Régimen Presupuestario de 1976[34], por otra parte también, se recogió la misma distinción entre personas jurídicas estatales y no estatales según su integración o no al sector público, y básicamente según criterios presupuestarios; y en sentido similar se establecía en la también derogada Ley Orgánica de Crédito Público de 1976[35].

---

32 *Gaceta Oficial* n.º 30.800 del 20 de septiembre de 1975. De acuerdo con el artículo 1.º de dicha Ley, en efecto se entiende por organismos gubernamentales a los efectos de la misma: 1. Los órganos del poder nacional (la República) y los Institutos Autónomos; 2. Las sociedades en las cuales la República, y los institutos autónomos tengan participación mayor de 50 % del capital social y las fundaciones dirigidas por ellos; 3. Las empresas en las cuales las sociedades y fundaciones a que se refiere el ordinal anterior tengan participación mayor del 50 % de su capital social y las fundaciones dirigidas por ellos; 4. Los fondos y patrimonios separados que se crearen de conformidad con la Ley.

33 Véase *Gaceta Oficial* n.º 30.448 del 15 de julio de 1974. El artículo se refería al "Estado", sus organismos de crédito agrícola o pecuario, los bancos del Estado o aquellos en los cuales tenga hasta un 50 % de su capital, las corporaciones, las empresas agroindustriales con mayoría de capital del Estado o cualesquiera otros organismos o entidades de carácter público entre cuyas funciones esté la de atender financieramente a la producción agrícola o pecuaria.

34. Véase *Gaceta Oficial* n.º 1.893 Extra. del 15 de julio de 76. El artículo 1.º establecía: "La presente Ley establece los principios y normas básicos que regirán el proceso presupuestario de los organismos del Sector Público, sin perjuicio de las atribuciones que, sobre control externo, la Constitución y las leyes confieren a los órganos de la función contralora. Están sujetos a las disposiciones de la presente Ley: 1. El poder nacional. 2. Los estados y los municipios. 3. Los institutos autónomos, los servicios autónomos sin personalidad jurídica y demás personas de derecho público en las que los organismos antes mencionados tengan participación. 4. Las sociedades en las cuales el poder nacional y demás personas a que se refiere el presente artículo tengan participación igual o mayor al 50 % del capital social. Quedarán comprendidas, además, las sociedades de propiedad totalmente estatal, cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional. 5. Las sociedades en las cuales las personas a que se refiere el ordinal anterior tengan participación igual o mayor al 50 %. 6. Las fundaciones constituidas y dirigidas por algunas de las personas referidas en el presente artículo, o aquellas de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para esas personas".

35 "Artículo 2.º. Están sujetos a las disposiciones de la presente Ley: 1. La República, los Estados, las municipalidades, los Institutos Autónomos y demás personas de derecho público; 2. Las sociedades en las cuales la República y demás personas a que se refiere el presente artículo tengan participación igual o superior al 51 % del capital so-

En estas normas, sin duda, entre las personas jurídicas estatales que integraban el sector público se incluía a las personas político territoriales, a los institutos autónomos, a las empresas del Estado y a las fundaciones creadas por el Estado, independientemente de la forma jurídica que revistieran.

La Ley Orgánica del Trabajo de 1997[36], por otra parte, al definir las entidades que integran el sector público a los efectos del pago de prestaciones sociales, enumeró las siguientes: *en primer lugar*, las personas de derecho público territoriales: a. Las personas de derecho público de rango constitucional; *en segundo lugar*, las personas de derecho público no territoriales estatales: c. Los institutos autónomos; d. Las universidades nacionales; e. Las personas de derecho público descentralizadas territorialmente; g. Las demás personas organizadas bajo régimen de derecho público; y *en tercer lugar,* las personas de derecho privado estatales: f. Las fundaciones y asociaciones civiles del Estado.

Estas regulaciones desembocaron en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público de 2000[37], en la cual se identificaron como "entes u organismos que conforman el sector público", en su artículo 6.º, las siguientes personas jurídicas: En *primer lugar*, las personas jurídicas de derecho público territoriales: 1. La República; 2. Los estados; 3. El Distrito Metropolitano de Caracas; 4. Los distritos; 5. Los municipios.

En *segundo lugar*, las personas jurídicas de derecho público no territoriales estatales: 6. Los institutos autónomos; 7. Las personas jurídicas estatales de derecho público; y

En *tercer lugar*, las personas jurídicas de derecho privado estatales: 8. Las empresas del Estado constituidas por sociedades mercantiles en las cuales la República o alguna de las personas jurídicas antes mencionadas tenga una participación igual o mayor al 50% del capital social; 9. Las empresas del Estado constituidas por sociedades mercantiles en las cuales las empresas del Estado antes mencionadas tengan una participación igual o mayor al 50% del capital social, y 10. Las fundaciones, asociaciones civiles y demás instituciones constituidas con fondos públicos o dirigidas por algunas personas jurídicas estatales cuando la totalidad de los aportes presupuestarios o contribuciones en un ejercicio, efectuada por una o varias de las personas jurídicas estatales, represente el 50% de su presupuesto.

En esta norma, es claro que lo que interesa al legislador para definir el ámbito de la Administración financiera del sector público es esto último, el sector público conformado por entes integrados al Estado o financiados por el Estado.

Por último, en el análisis del derecho positivo preconstitucional debe destacarse la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público de 1982[38], en la cual se consideraba (art. 4.º) como "patrimonio público" aquel que correspondía por cualquier título, en *primer lugar,* a las personas de derecho público territoriales: 1. La República; 2. Los estados y municipios; en *segundo lugar*, a las personas de derecho público no territoriales estatales: 3. Los institutos autónomos, los establecimientos públicos y demás personas jurídicas de derecho público en las cuales los organismos antes mencionados tengan participación; y en *tercer lugar*, a las personas de derecho privado estatales: 4. Las sociedades en las cuales la República y demás personas a que se refieren los numerales anteriores tengan participación igual o mayor al 50% del capital. Quedan comprendidas, además, las sociedades de propie-

---

cial; 3. Las sociedades en las cuales las personas a que se refiere el ordinal anterior tengan participación igual o superior al 51 %; 4. Las funciones constituidas y dirigidas por alguna de las personas referidas en el presente artículo, o aquellas de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para esas personas".

36 *Gaceta Oficial* n.º 5152 Extra. del 19 de junio de 1997.

37. Véase *Gaceta Oficial* n.º 38.198 del 31 de mayo de 2005.

38 Véase *Gaceta Oficial* n.º 3.077 Extra. del 23 de diciembre de 1982.

dad totalmente estatal cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional; 5. Las sociedades en las cuales las personas a que se refiere el ordinal anterior tengan participación igual o mayor al 50 %; 6. Las fundaciones constituidas y dirigidas por algunas de las personas referidas en el presente artículo, o aquellas de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para las personas.

La Ley Orgánica de Salvaguarda fue derogada por la Ley contra la Corrupción[39] de 2003, en cuyo artículo 4.º se considera como "patrimonio público" aquél que corresponde, primero, a las personas jurídicas de derecho público político territoriales, noción que comprende a las que ejercen el poder público nacional, estadal y municipal (ords. 1.º a 5.º), y no territoriales, lo que comprende a los institutos autónomos nacionales, estadales, distritales y municipales (ord. 6.º), al Banco Central de Venezuela (ord. 7.º), a las universidades públicas (ord. 8.º), y a las "demás personas de derecho público nacionales, estadales, distritales y municipales" (ord. 9.º), es decir, estatales; y segundo, a las personas de derecho público estatales, como las "sociedades de cualquier naturaleza en las cuales las personas a que se refieren los ordinales anteriores tengan participación en su capital social, así como las que se constituyen con la participación de aquéllas" (ord. 10.º), "las fundaciones y asociaciones civiles y demás instituciones creadas con fondos públicos o que sean dirigidas por las personas a que se refieren los numerales anteriores, o en las cuales tales personas designen sus autoridades, o cuando los aportes presupuestarios o contribuciones efectuadas en un ejercicio presupuestario por una o varias de las personas a que se refieren los ordinales anteriores representen el cincuenta por ciento (50%) o más de su presupuesto" (ord. 11). Una enumeración similar está en el artículo 9.º de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 2001[40].

Conforme a todas estas normas del derecho positivo, por tanto, resulta que las personas jurídicas estatales configuran los organismos gubernamentales, titulares del patrimonio público y que conforman el sector público; por oposición a las personas jurídicas no estatales o no gubernamentales o que no forman parte del sector público ni su patrimonio forma parte del patrimonio público.

---

39 *Gaceta Oficial* n.º 5.637 Extra. del 7 de abril de 2003.

40 *Gaceta Oficial* n.º 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

§ 6. Las personas jurídicas de derecho público y las personas jurídicas de derecho privado

La distinción entre las personas jurídicas de derecho público o de carácter público, como las califica el Código Civil, y las personas jurídicas de derecho privado o de carácter privado, también conforme al Código Civil, como se ha señalado, está basada en el criterio de la forma jurídica adoptada por el sujeto de derecho que deriva de la forma de su creación; sea que la creación esté expresada en la Constitución o en ley formal (nacional, estadal o municipal), o se produzca en virtud de una manifestación de voluntad de uno o varios sujetos de derecho, conforme a las regulaciones que rigen las relaciones entre particulares en el Código Civil o el Código de Comercio.

Este elemento diferenciador conduce a la razón de ser de la distinción[1]; en general, las personas jurídicas de derecho público ejercen una cuota parte del poder público por ser una manifestación de la descentralización del poder o de funciones administrativas, que se traduce en la atribución al ente de prerrogativas y privilegios del poder público y que sólo la Constitución o una ley formal les puede asignar; de allí que su creación sólo puede tener origen en la Constitución o en una ley o en virtud de una disposición expresa de esas normas. Por eso la Constitución, en el caso de los institutos autónomos, exige que sólo pueden crearse por ley (art. 142), y la Ley Orgánica de la Administración Pública, además de repetir esta exigencia (art. 95), precisa que en el caso de las personas jurídicas estatales o entes descentralizados funcionalmente "con forma de derecho público" deben ser "creadas […] por normas de derecho público" (art. 29.2), y esas no son otras que la ley formal, pues sólo la Ley puede atribuir a las mismas "el ejercicio de potestades públicas" (ídem). En cambio, en general, las personas jurídicas de derecho privado, al ser creadas en virtud de la manifestación de voluntad de sujetos de derecho formulada conforme a las normas que regulan las relaciones entre particulares, no son titulares de dichas prerrogativas o privilegios, ni podrían serlo por el solo hecho de su creación. El ejercicio del poder público sólo puede realizarse por los sujetos de derecho y sus órganos establecidos en la Constitución (art. 137), y conforme a las normas constitucionales, por los otros sujetos de derecho a los cuales se les transfieran prerrogativas y poderes públicos, lo cual sólo puede ocurrir mediante ley formal (nacional, estadal o municipal), única fuente válida para transferir o desviar competencias legalmente asignadas a un sujeto de derecho de carácter público.

El criterio de distinción, sin embargo, encuentra en el Código Civil una excepción, y es la atribución por ley a las "Iglesias de cualquier credo" (art. 19 C.C.) de la personalidad jurídica de "carácter público", sin que sean creadas por ley y sin que ejerzan, ni puedan ejercer, en forma alguna, prerrogativas del poder público. La indicación del Código tiene su origen, como se ha dicho, en el conflicto entre la Iglesia y el Estado que existía precisamente al sancionarse el Código de 1873, y que dio origen, además, por ejemplo, a la regulación exclusivamente civil del matrimonio.

---

1 . Véase, en general, sobre la distinción Enrique Sánchez Falcón, "La distinción entre personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado. Verdades y confusiones de una problemática", *Revista de Derecho Público*, n.º 15, Edit. Jurídico Venezolana, Caracas, 1983, pp. 78 y ss.

I. LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO

El ordenamiento constitucional y legal, ante todo, regula las personas jurídicas de derecho público, distinguiendo dos grandes categorías según el sustrato personal o real de las mismas: corporaciones y asociaciones de derecho público por una parte, y por la otra, las instituciones de derecho público.

Entre las primeras, que tienen base corporativa (sustrato personal), como se ha señalado, están las corporaciones y las asociaciones de derecho público. En cuanto a las corporaciones de derecho público, éstas a la vez se clasifican en dos grupos: primero, las comunidades públicas, entre las que están las comunidades políticas que son las personas político territoriales (entidades políticas del Estado consecuencia de la distribución del poder público), las comunidades indígenas, las Iglesias (comunidades religiosas) y las comunidades universitarias; y segundo, las corporaciones públicas como las profesionales (colegios profesionales) y académicas (academias nacionales); y luego, las asociaciones de derecho público, es decir, las personas jurídicas creadas por asociaciones entre personas de derecho público (mancomunidades).

Entre las segundas, las que tienen base patrimonial (sustrato real), están las instituciones de derecho público, como los institutos autónomos.

Debe señalarse que frente a las comunidades políticas como personas jurídicas de derecho público territoriales, producto de la descentralización política dispuesta en la Constitución, desde hace años habíamos utilizado la expresión "establecimientos públicos" para identificar a las denominadas personas jurídicas de derecho público "no territoriales", que en general eran producto de la descentralización funcional con forma de derecho público. Para tratar de identificar a dichas personas de derecho público no territoriales, habíamos recurrido a la expresión de "establecimiento público"[2] que los artículos 538, 900, 1000 y 1482 C.C. emplean para identificar las personas jurídicas distintas de los particulares y de las entidades políticas (personas político territoriales), que pueden ser propietarias de bienes, que pueden ser herederos o cuyos bienes no pueden comprar los empleados públicos que los administren.

La terminología "establecimiento público", entonces, la habíamos utilizado para identificar la descentralización funcional con formas de derecho público, pero con la dificultad de que se trataba de identificar a personas jurídicas que no tenían un mismo sustrato jurídico, ya que abarcaba entidades diversas y disímiles tanto de carácter fundacional como corporativo, pero que tenían en común el hecho de que su creación era producto de una ley formal que crea la persona jurídica, le atribuye un patrimonio, le asigna competencias mediante un proceso de descentralización funcional, y le atribuye el ejercicio de una cuota parte del poder público, mediante atribución de privilegios y prerrogativas públicas. La creación de dichas entidades descentralizadas funcionalmente, por tanto, es de la reserva legal, por lo que es precisamente por una ley o en virtud de una manifestación expresa del legislador que obtienen la personalidad jurídica. Por ello, ahora, la Ley Orgánica de la Administración Pública dispone que la descentralización administrativa funcional tiene por objeto la creación de personas jurídicas a las cuales se transfiere la titularidad de determina-

---

[2] Que comprendía a los denominados establecimientos públicos fundacionales o institucionales (institutos autónomos), a los establecimientos públicos corporativos (universidades, colegios profesionales, academias) y establecimientos públicos asociativos (mancomunidades). Véase esa clasificación en sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 11 de mayo de 1980, *Revista de Derecho Público*, n.º 3, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1980, p. 104. Hemos abandonado esta clasificación, dada la dificultad de englobar dentro de una misma categoría (personas de derecho público no territoriales) un universo muy dispar de entes, con bases corporativas o patrimoniales de diversa naturaleza.

das competencias y la responsabilidad de ejecutarlas (arts. 29 y 32); pudiendo realizarse esta descentralización funcional mediante la creación de personas jurídicas tanto con forma de derecho público como con forma de derecho privado (art. 29)[3].

Pero aparte de este rasgo común de creación por ley o en virtud de una ley, la figura general de los "establecimientos públicos" no distinguía el sustrato legal que justificaba la creación del ente, por lo que podía tratarse de un puro sustrato real o patrimonial, es decir, de la afectación de un patrimonio a un fin público determinado, en cuyo caso estábamos en presencia del "instituto autónomo" o del establecimiento público institucional o fundacional; podía tratarse de un sustrato personal el que motivase o justificase la atribución de personalidad jurídica de derecho público, como sucedía con algunas de las "comunidades públicas" antes señaladas (universidades) o con las "corporaciones públicas" como las profesionales o académicas, que podían ser calificadas como establecimientos públicos corporativos. Por ello, a pesar de que los establecimientos públicos fueran manifestación de la descentralización funcional, no todos formaban parte de la estructura general del Estado, es decir, no todos eran personas jurídicas estatales. Por ello el abandono que hemos hecho de tal clasificación respecto de los "establecimientos públicos", formulando, en sustitución, la de corporaciones y asociaciones de derecho público (base personal) e instituciones de derecho público (base real).

1. *Las corporaciones de derecho público*

A. *Las comunidades públicas: las personas jurídicas de derecho público político territoriales*

Las personas jurídicas político territoriales son las entidades o comunidades políticas creadas en la Constitución que resultan de la distribución vertical del poder público en el territorio y que conforman, por ello, la división político territorial del Estado venezolano.

Por tanto, es la forma federal del Estado venezolano, como sistema de descentralización político territorial en tres niveles, la que origina estas personas jurídicas de derecho público, cuyo establecimiento, en definitiva, se ha hecho por el constituyente al sancionar la Constitución, y que son: *la República*, cuyos órganos ejercen el poder nacional y cuyo ámbito de actuación territorial es todo el territorio nacional; los *23 estados* federados, cuyos órganos ejercen el poder estadal, y cuyo ámbito territorial es el territorio que tiene cada estado de acuerdo a la división político territorial de la República[4], y los *municipios*, cuyos órganos ejercen el poder municipal, y cuyo ámbito territorial es el territorio que tiene cada municipio de acuerdo a las leyes de división territorial de cada estado de la federación. También constituyen personas de derecho público político territoriales los distritos municipales y, en particular, el Distrito Metropolitano de Caracas[5] y el Distrito del Alto Apure[6], cuyos órganos también ejercen el poder municipal (*Cuarta parte*).

---

3 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1994, pp. 115 y ss.

4 Véase Ley de División Territorial del 28 de abril de 1856 reformada por ley del 9 de octubre de 1861, *Leyes y Decretos Reglamentarios de los Estados Unidos de Venezuela,* t. VII, Caracas, Ministerio de Relaciones Interiores, 1943, pp. 67 y ss.

5 Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, *Gaceta Oficial* n.º 36.906 del 8 de marzo de 2000.

6 Ley Especial que crea el Distrito del Alto Apure, ley n.º 56, *Gaceta Oficial* n.º 37.326 del 16 de noviembre de 2001.

Además, dentro de entidades políticas, conforme al artículo 16 C., está el Distrito Capital, cuyo ámbito territorial es el que correspondía al antiguo Distrito Federal, y los territorios federales. Estas entidades territoriales, sin embargo, al no existir en la actualidad[7], carecen de órganos que puedan ejercer su personalidad jurídica.

Sobre este universo de personas jurídicas de derecho público político territoriales (comunidades políticas), la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia 1205 del 24 de agosto de 2000 (caso Jhonny A. Ampueda M. *vs.* Policía Metropolitana), aun cuando sin mayor precisión jurídica (como identificar al "Gobierno nacional" con una persona jurídica, cuando debió referirse a la "República"), ha enumerado las siguientes:

1) Un primer nivel conformado por el Gobierno nacional.
2) Un segundo nivel, conformado por los Estados Federales.
3) El tercer nivel está conformado por el Distrito Capital que, por mandato del artículo 16 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es el órgano que debería tener personalidad jurídica. Tradicionalmente se le ha asignado al Distrito Federal tratamiento similar al de una entidad estadal, y conforme al artículo 16 antes mencionado, ese es el tratamiento que debe seguir asignándosele. Tiene un poder ejecutivo, representado por un Gobernador, y la ley que lo organice establecerá un órgano legislativo.
4) El cuarto nivel de rango constitucional, existente sólo en la ciudad Capital, vendría a estar conformado por la superioridad municipal, el Distrito Metropolitano, que ha sido creado por el artículo 18 de la Constitución nacional, integrado por municipios tanto del Distrito Capital como del Estado Miranda.
5) El quinto nivel, está integrado por los municipios, cuya autonomía está reconocida constitucionalmente, y que cuentan con rama legislativa, como lo es los Concejos municipales.
6) También las dependencias federales constituyen un nivel de persona jurídica territorial.
7) Por último los territorios federales constituyen el otro nivel existente de persona jurídico territorial[8].

Las personas jurídicas político territoriales, por supuesto, son personas jurídicas *estatales*, en cuanto a que conforman la organización política del Estado venezolano; son las denominadas "personas de derecho público de rango constitucional" en el artículo 668, parágrafo tercero, a) de la Ley Orgánica del Trabajo. En consecuencia, en general, cuando la Constitución emplea la palabra "Estado" para establecer, por ejemplo, la responsabilidad patrimonial (art. 140) o para prever obligaciones prestacionales de salud o educación (arts. 83 y 102), se refiere en global y en conjunto a la República, a los estados de la Federación,

---

7 En la actualidad no existen territorios federales, pues los últimos que existieron (Amazonas, Delta Amacuro y Vargas) fueron elevados a la categoría de estados conforme al artículo 13 C. de 1961. Véase la ley especial que da categoría de estado al Territorio Federal Delta Amacuro, *Gaceta Oficial* nº 4.295 del 3 de agosto de 1991; la ley especial que eleva a la categoría de estado al Territorio Federal Amazonas, *Gaceta Oficial* n.º 35.015 del 29 de julio de 1992; y la Ley Especial que eleva a la categoría de estado al Territorio Federal Vargas, *Gaceta Oficial* n.º 36.488 del 3 de julio de 1998. El artículo 16 C., sin embargo, ahora establece que mediante la ley orgánica de división político territorial se puede disponer la creación de territorios federales en determinadas áreas de los estados, cuya vigencia queda supeditada a la realización de un referendo aprobatorio en la entidad respectiva. En consecuencia, de crearse dichos territorios federales, en la ley Orgánica debe regularse lo concerniente a su organización y personalidad jurídica. Además, la Constitución precisa que por ley especial puede darse a un territorio federal la categoría de estado, asignándosele la totalidad o una parte de la superficie del territorio respectivo.

8 Véase *Revista de Derecho Público*, n.º 83, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 194.

a los municipios y a los distritos municipales. El "Estado", en ese contexto, no sólo es la República, sino el conjunto de entidades o comunidades políticas que conforman la organización política de la sociedad venezolana[9]. En consecuencia, en las líneas que siguen analizaremos el régimen constitucional de las comunidades políticas o personas jurídicas estatales políticos territoriales, es decir, la República, los estados, los municipios y los distritos municipales, incluyendo los metropolitanos. Además, nos referiremos al Distrito Capital y a las parroquias, las cuales también podrían tener personalidad jurídica.

B. *Las comunidades indígenas*

Una de las novedades de la Constitución de 1999 fue la declaración expresa contenida en el artículo 119 de que "el Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida"[10]. Dispuso además la Constitución que correspondía "al Ejecutivo nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley"[11].

Las comunidades indígenas, por tanto, son comunidades políticas aun cuando no estatales, que conforme al artículo 126, en tanto que pueblos indígenas[12], "forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible", teniendo el deber "de salvaguardar la integridad y la soberanía nacional". La Constitución, además, les reconoce y asegura derechos. Por ejemplo, en cuanto al aprovechamiento de recursos naturales en los territorios indígenas, el artículo 120 dispone que dicho aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitat indígenas por parte del Estado se debe hacer sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos; estando además "sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas".

La Constitución, por otra parte, garantiza a dichas comunidades indígenas el "derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto", estando obligado el Estado a fomentar "la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones" (art. 121). La Constitución, igualmente, reconoce a los pueblos indígenas el "derecho a una salud integral que considere sus prácticas y culturas", debiendo el Estado reconocer "su medicina tradicional y las terapias complementarias, con sujeción a principios bioéticos" (art. 122).

---

9 En tal sentido, en los siguientes artículos de la Constitución, la expresión "Estado" comprende a la República, a los estados de la Federación, a los municipios y a las demás entidades locales (como los distritos municipales y metropolitanos): Preámbulo y arts. 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 15, 19, 26, 29, 30, 31, 43, 46, 49.1 y 8, 52, 55, 56, 59, 62, 67, 75, 76, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 89.6, 91, 94, 96, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 106, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 125, 126, 127, 128, 129, 135, 136, 140, 142, 145, 152; 156.32, 189.1 y 3, 211, 226, 272, 274, 281.2 y 9, 285.4, 299, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 312, 318, 321, 322, 326 y 347 C. En cambio, en los artículos 37, 49.8, 250, 251, 254, 273, 301, 302, 313, 320, 324 y 328 se utiliza la expresión "Estado" para referirse, en realidad, sólo a la República, como persona jurídica político territorial nacional.

10 Ley aprobatoria del Convenio n.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, ley n.º 41, *Gaceta Oficial* n.º 37.305 del 17 de octubre de 2001

11 Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas, ley n.º 14, *Gaceta Oficial* n.º 37.118 del 12 de enero de 2001.

12 De acuerdo con el mismo artículo 126 de la Constitución, "El término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional".

Adicionalmente, la Constitución reconoce a los pueblos indígenas el "derecho a la participación política", estando obligado el Estado a garantizar "la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena, conforme a la ley" (art. 125).

a. *Las comunidades religiosas: las iglesias*

Dentro de las comunidades públicas, debe mencionarse además el caso de las Iglesias. Como hemos dicho, el Código Civil (art.19.2) las califica como "cuerpos morales de carácter público", habiendo tenido tal calificación su origen histórico en un momento de conflicto entre la Iglesia y el Estado, en ejercicio del derecho de Patronato Eclesiástico.

Ahora bien, las "Iglesias de cualquier credo" no han sido creadas por ley ni tienen atribuida por ley prerrogativa alguna del poder público, por lo que no pueden considerarse como producto de la descentralización funcional. Se trata, pura y simplemente, de la atribución a las comunidades religiosas de personalidad jurídica por virtud del propio Código Civil, conforme a los criterios del Patronato Eclesiástico que hasta 1964 ejercía la República sobre la Iglesia católica (art.130 C. de 1961). Por ello, sin duda, se trata de personas jurídicas, aun cuando calificadas como "personas de carácter público" por razones atípicas, sin que dicha personalidad de derecho público tenga efecto alguno en el mundo del derecho, salvo el reconocimiento de que son sujetos de derecho.

Se debe destacar, además, que el Convenio (*modus vivendi*) suscrito entre el Estado venezolano y la Santa Sede en 1964[13], también le reconoció a la Iglesia católica la "personalidad de carácter público" (art. 4.º), a pesar de que su normativa materialmente sustituyó al régimen legal del Patronato Eclesiástico regulado en la vieja Ley de Patronato Eclesiástico de 1824. También se señala en dicho instrumento que "gozan además de personalidad jurídica para los actos de la vida civil las diócesis, los capítulos catedrales, los seminarios, las parroquias, las órdenes, congregaciones religiosas y demás institutos de perfección cristiana canónicamente reconocidos" (art. 4.º).

b. *Las comunidades universitarias: las universidades nacionales y los institutos públicos de educación superior*

Las otras comunidades públicas a que hace referencia el Código Civil como personas de carácter público son las universidades (art. 19.2), las cuales conforme a la propia Ley de Universidades de 1970[14] son "comunidades de intereses espirituales que reúnen a profesores y estudiantes en la tarea de buscar la verdad y afianzar los valores trascendentales del hombre" (art. 1.º). Se trata, por tanto, de "entes de origen corporativo"[15] o comunidades universitarias cuya personalidad jurídica se consagró en el Código Civil en la segunda mitad del siglo XIX cuando sólo existía la Universidad Central de Venezuela.

Sin embargo, en la actualidad dicha personalidad la tienen todas las universidades nacionales, como corporaciones de derecho público[16], cuyo fin último es la protección de su

13 *Gaceta Oficial* n.º 27.551 del 24 de septiembre de 1964.

14 *Gaceta Oficial* n.º 1429 Extra. del 8 de septiembre de 1970.

15 Véase p. ej., sentencia 1278 del 27 de octubre de 2000 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 300.

16 Véase la sentencia del 21 de mayo de 1984 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, *Revista de Derecho Público*, n.º 19, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1984, pp. 94 a 98. La misma Corte Primera en sentencia del 29 de junio de 2000, caso Marcos Chandler M. *vs.* Universidad del Zulia) ha insistido en que "las Universidades son entes corporativos pertenecientes a la administración pública nacional, descentralizada funcionalmente, dotados de personalidad jurídica, con patrimonio propio y evidente autonomía, que por tanto poseen la fa-

sustrato personal, constituido por la comunidad universitaria de cada una de ellas. En la actualidad, además, es la propia Ley de Universidades la que dispone que las universidades nacionales gozan de personalidad jurídica y patrimonio propio, distinto e independiente del Fisco nacional (art. 12), personalidad jurídica que adquieren con la publicación en la *Gaceta Oficial* del decreto del ejecutivo nacional por el cual se crean (art. 8).

En todo caso, se trata de personas jurídicas de derecho público de carácter estatal a las cuales, además, la propia Constitución les reconoce su autonomía. En efecto, la jurisprudencia ha establecido que las universidades nacionales son:

Órganos de la Administración Pública nacional, de los que integran la Administración descentralizada, dentro del género denominado personas públicas corporativas, porque lo que las distingue del resto de las personas jurídicas descentralizadas no es tanto su personería jurídica independiente y su patrimonio separado, sino fundamentalmente el sustrato personal que las integra, sin el cual no podrían existir además de su régimen propio autonómico[17]

En cuanto a la autonomía de las universidades nacionales, el artículo 109 C. señala que "el Estado reconocerá la autonomía universitaria como principio y jerarquía que permite a los profesores, estudiantes y egresados de su comunidad dedicarse a la búsqueda del conocimiento a través de la investigación científica, humanística y tecnológica, para beneficio espiritual y material de la Nación". La autonomía universitaria se consagra, además, "para planificar, organizar, elaborar y actualizar los programas de investigación, docencia y extensión", reconociéndose en la Constitución "la inviolabilidad del recinto universitario"[18].

Esta autonomía implica que las universidades autónomas se dan sus propias normas de gobierno y funcionamiento y adelantan por sí mismas la administración eficiente de su patrimonio bajo el control y vigilancia que a tales efectos establezca la ley. La Ley de Universidades precisa que esta autonomía es organizativa, académica, administrativa, y económica y financiera (art.9.º), lo que implica ausencia de adscripción y de control de tutela por parte de la Administración central, siendo el único control relativo que se ejerce sobre ellas el que corresponde al Consejo Nacional de Universidades, que preside el ministro de Educación. La autonomía, conforme lo ha establecido la jurisprudencia, en definitiva, es un "concepto jurídico político mediante el cual se le otorga al ente dotado de ella de la facultad de darse su propia ley; en otros términos, pueden estos establecimientos crear preceptos obligatorios de derecho objetivo, con un ámbito de validez y aplicación limitadas a los sujetos que se encuentran bajo su autoridad"[19]

---

cultad de celebrar contratos de acuerdo a sus necesidades", *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 213.

17 Véase la sentencia del 16 de octubre de 1986, de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, *Revista de Derecho Público*, n.º 28, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1986, p. 80. Véase igualmente, sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 22 de julio de 1987, *Revista de Derecho Público* n.º 31, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1987, pp. 72 y ss.; y sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo n.º 2220 del 28 de noviembre de 2000, caso Alimentos de Occidente, C.A. (ADOCA) vs. Universidad del Zulia, *Revista de Derecho Público* n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 236.

18 Cfr. en general José M. Delgado-Ocando "Idea de la universidad autónoma", *Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche*, vol. I, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 283 a 288; Jonathan A. García Nieves "La autonomía universitaria: Una noción sui géneris en el ordenamiento jurídico venezolano", *Ensayos de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca,* vol. I, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 649 a 664; María E. León Álvarez, "Los mecanismos de control popular de la administración pública: el caso de las Universidades nacionales autónomas", *Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche*, vol. I, cit., pp. 487 a 496.

19 Véanse las sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 21 de mayo de 1984 y 9 de mayo de 1985, *Revista de Derecho Público* n.º 19, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1984, p. 95 y *Revista de Derecho Público* n.º 23, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1985, pp. 124 y ss.

En cuanto a la autonomía, sin embargo, la Constitución estableció respecto de las universidades nacionales experimentales que éstas sólo "alcanzarán su autonomía de conformidad con la ley" (art. 109), lo que en definitiva es un reconocimiento de una autonomía limitada que ya había sido determinada por la jurisprudencia, sin que ello les quitara el carácter de personas de derecho público corporativo[20].

2. *Las corporaciones públicas*

Ahora bien, en particular, en cuanto a las corporaciones públicas, son todas aquellas otras personas jurídicas creadas por ley o en virtud de una disposición expresa del legislador para hacer posible el funcionamiento autónomo y proteger a determinadas corporaciones profesionales o gremiales y normar a corporaciones de orden académico con funciones consultivas, a las cuales, en general, se les transfieren algunas prerrogativas y privilegios del poder público y que no tienen, sin embargo, un ámbito político de acción territorial.

Estas corporaciones públicas se caracterizan por la presencia de un sustrato personal, de una corporación que da a estos entes un carácter diferente al del resto de los entes descentralizados. La naturaleza de los fines que persiguen estos entes, además, exige que los mismos no sólo estén dotados de autonomía administrativa y de gestión patrimonial, sino además de la posibilidad de elegir los titulares de sus órganos administrativos.

Estas personas jurídicas de derecho público que también habíamos denominado como establecimientos públicos (aun cuando corporativos) conforme a la terminología del Código Civil, o como corporaciones públicas conforme a la terminología acogida por la jurisprudencia venezolana[21], son los colegios profesionales y las academias nacionales, las cuales tienen en común que no están integradas a la organización general del Estado, siendo entonces personas jurídicas no estatales.

A. *Los colegios o gremios profesionales*

El primer tipo de corporación pública caracterizado por la existencia de un sustrato personal o corporación de intereses de tipo profesional o gremial está constituido por los colegios profesionales, los cuales están dotados de personalidad jurídica de derecho público por virtud de las funciones que realizan de control del ejercicio de una profesión liberal y en virtud de las leyes que los crean o los regulan, en las cuales se ha establecido el principio de la colegiación obligatoria para el ejercicio de la profesión respectiva[22].

Esta materia, en efecto, es de la reserva legal, disponiendo en tal sentido el artículo 105 C. que "La ley determinará las profesiones que requieren título y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas, incluyendo la colegiación". En consecuencia, los "colegios" profesionales que no se han establecido por ley, sino como asociaciones civiles de

---

[20] Véase la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 22 de julio de 87, *Revista de Derecho Público*, n.º 31, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1987, p. 72.

[21] Véanse, p. ej., las sentencias de la Corte primera de lo Contencioso Administrativo del 11 de mayo de 1980 y del 18 de febrero de 1986, *Revista de Derecho Público*, n.º 3, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1980, pp. 104 y ss. y *Revista de Derecho Público*, n.º 25, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1986, p. 85, respectivamente. Cfr. ANTONIO ANGRISANO, "Los establecimientos públicos corporativos", *Revista de Derecho Público*, n.º 3, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1980, pp. 104 a 107.

[22] Cfr. en general, ANNAKARINNA FRÍAS TOVAR, "Clasificación de los colegios profesionales como personas jurídicas de derecho público", *Revista de Derecho Público*, n.º 67 y 68, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1996, pp. 70 a 79.

profesionales de base contractual, no pueden calificarse como personas jurídicas de derecho público corporativas, ni sus actos constituyen actos administrativos[23].

En la actualidad existen colegios profesionales creados por ley, como establecimientos públicos corporativos, en relación con el ejercicio de las siguientes profesiones: Farmacia, Ingeniería, Arquitectura y profesiones afines, Abogacía, Medicina Veterinaria, Odontología, Economía, Periodismo, Bioanálisis, Contaduría Pública, Psicología, Medicina, Administración, de Bombero, Sociología y Antropología, y Nutrición y Dietética[24].

Los colegios profesionales, por tanto, son el ejemplo más acabado del llamado "establecimiento público corporativo"[25], los cuales a pesar de no ser personas estatales[26] y no estar sometidos a control de tutela por parte de los órganos de la Administración Pública, por las funciones que realizan de protección y vigilancia del ejercicio de profesiones liberales, dentro de la esfera de su competencia, dictan actos administrativos[27] y disfrutan de facultades contributivas con respecto a sus miembros, lo que les confiere una total independencia financiera frente al Estado, y gozan además de autonomía plena, incluso para la libre elección de sus autoridades, autonomía que, sin embargo, ha sido limitada en la Constitución de 1999.

En efecto, la Constitución de 1999, a pesar de toda la fraseología participativa que contiene, es un texto intervencionista y limitativo respecto de la sociedad civil, lo que entre otros aspectos resulta de la limitación que contiene respecto de la autonomía de los colegios profesionales, en cuanto a la libertad de elección de sus propias autoridades que debería resultar de su autonomía y por el carácter de corporaciones de derecho público no estatales que

---

23 Véase la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 27 de septiembre de 1993, caso Colegio Nacional de Técnicos Radiólogos, *Revista de Derecho Público*, n.º 55 y 56, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1993, pp. 208 a 209.

24 Véase: Ley de Ejercicio de la Farmacia del 27 de junio de 1928, *Gaceta Oficial* n.º 16.551 del 7 de julio de 1928; Ley de Ejercicio de la Ingeniería, la Arquitectura y Profesiones afines. Decreto n.º 444 del 24 de noviembre de 1958, *Gaceta Oficial* n.º 25.822 del 26 de noviembre de 1958; Ley de Abogados del 16 de diciembre de 66. (*Gaceta Oficial* Extra. n.º 1.081 del 23 de enero de 1967); Ley de Ejercicio de la Medicina Veterinaria del 19 de septiembre de 1968, *Gaceta Oficial* n.º 28.737 del 24 de septiembre de 1968; Ley de Ejercicio de la Odontología del 10 de agosto de 1970, *Gaceta Oficial* n.º 29.288 del 10 de agosto de 1970; Ley de Ejercicio de la Profesión de Economistas del 15 de diciembre de 1971, *Gaceta Oficial* n.º 29.687 del 15 de diciembre de 1971; Ley de Ejercicio del Periodismo, *Gaceta Oficial* n.º 4.883 Extra. del 31 de marzo de 1995; Ley de Ejercicio del Bioanálisis, *Gaceta Oficial* n.º 30.160 del 23 de julio de 1973; Ley de Ejercicio de la Contaduría Pública, *Gaceta Oficial* n.º 30.273 del 5 de diciembre de 1973; Ley de Colegiación Farmacéutica del 27 de enero de 1978, *Gaceta Oficial* Extra n.º 2.146 del 28 de enero de 1978; Ley de Ejercicio de la Psicología del 4 de septiembre de 1978, *Gaceta Oficial* Extra. n.º 2.306 del 11 de septiembre de 1978; Ley de Ejercicio de la Medicina 19 de agosto de 1982, *Gaceta Oficial* n.º 3.002 Extra. del 23 de agosto de 1982; Ley de Ejercicio de la Profesión de Licenciado en Administración del 17 de agosto de 1982, *Gaceta Oficial* n.º 3.004 Extra. del 26 de agosto de 1982; Ley de los cuerpos de bomberos y administración de emergencias de carácter civil, *Gaceta Oficial* n.º 5561 Extra. del 28 de noviembre de 2001; Ley del Ejercicio Profesional de la Sociología y la Antropología, *Gaceta Oficial* n.º 5.239 Extra. del 23 de junio de 1998; Ley de Ejercicio de la Profesión de Licenciado en Nutrición y Dietética, *Gaceta Oficial* n.º 36.526 del 27 de agosto de 1998.

25 La terminología de "establecimiento público corporativo" ha sido ampliamente acogida por la jurisprudencia: véanse las sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 11 de mayo de 1980 y 01 de junio de 82, *Revista de Derecho Público*, n.º 3, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1980, pp. 104 y ss; y *Revista de Derecho Público*, n.º 11, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1982, p. 106, respectivamente.

26 Como lo ha señalado la Sala Electoral del Tribunal Supremo en sentencia 43 del 10 de mayo de 2000, caso Oscar Mora E. *vs.* Colegio de Ingenieros de Venezuela, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 224.

27 La jurisprudencia de la Corte Primera ha sido reiterativa en someter al control contencioso administrativo los actos dictados por los colegios profesionales.

tienen. El artículo 293.6 C., creó el poder electoral como una de las ramas del poder público, atribuyéndole competencia para "la organización de las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos" y en general la misión de garantizar "la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los procesos electorales" (art. 293), como lo ha señalado la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 10 de mayo de 2000 (caso Colegio de Ingenieros de Venezuela):

> [N]o sólo los celebrados para la elección de los cargos públicos sino de todos aquellos que se celebren en organizaciones que sean la expresión de la voluntad popular como un mecanismo destinado a garantizar el ejercicio de los derechos políticos y en general la participación protagónica de los ciudadanos mediante diversas modalidades especificadas en el artículo 70 de la Ley Fundamental.

De ello, la misma Sala Electoral dedujo:

> La creación del poder electoral no sólo tiene justificación por la atribución que le ha sido conferida de controlar y garantizar la organización, administración, dirección y vigilancia de los procesos electorales para la elección de los cargos públicos, aun cuando ello constituye gran parte de sus funciones, sino que, además, su creación se justifica en la medida que se le ha atribuido competencia para la organización de los procesos electorales de agrupaciones de la sociedad, destinados a la elección de cargos de representación popular, pues se ha reconocido irrestrictamente a la sociedad civil la posibilidad de asociarse y constituirse a través de distintas formas que aseguren la participación ciudadana de una forma organizada, como espacios creados para la defensa de intereses a veces no solo de sus miembros sino también de la comunidad, constituyéndose en expresión de un sistema asociativo que procura la realización de un objetivo común, en cuya organización se prevé la elección de autoridades que rigen los destinos de tales asociaciones y en el que el Estado como interesado debe garantizar el respeto de la manifestación de voluntad de sus integrantes, como máxima expresión del sistema democrático.

En la misma sentencia, la Sala Electoral de la Corte Suprema reconoció que los colegios profesionales, como el Colegio de Ingenieros de Venezuela "no forman parte de la estructura del Estado (y) son considerados en la actualidad como "personas públicas no estatales", cuyo régimen y organización se caracteriza por el carácter público que poseen, derivado del número de participantes que las integran y los objetivos y fines que cumplen dentro de la sociedad, y sobre todo en el caso venezolano, porque así lo dispone una ley formal (Artículo 21 Ley del Ejercicio de la Ingeniería, la Arquitectura y Profesiones Afines)". Pero la Sala dedujo de ese "carácter público" de las mismas que ello:

> [S]upone un interés particular en su funcionamiento por parte del Estado que lo obliga a intervenir de forma directa y decisiva en la determinación de los procesos eleccionarios que las mismas ejecuten, que deben sujetarse estrictamente a los mecanismos de consulta democrática y participativa que la nueva Constitución propugna para todas las instituciones de cualquier tipo que ellas sean.

De tal manera que el sustrato público que estas entidades abrigan hace posible que, al momento de elegir a sus autoridades a través de procesos eleccionarios, el poder electoral intervenga salvaguardando la manifestación de voluntad expresada por sus miembros a través del voto, en la medida que éste garantice la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los comicios que celebren, en ejercicio de una función constitucional que le ha sido atribuida en forma expresa[28].

---

[28] Véase sentencia 43 de la Sala Electoral de la Corte Suprema de Justicia de 10 de mayo de 2000, Exp. 0043, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 224 y ss.

En definitiva, a pesar de tratarse de personas jurídicas de derecho público, manifestación incluso de la descentralización funcional del Estado, los colegios profesionales no son personas jurídicas estatales, pues no forman parte de la organización general del Estado[29].

B. *Las academias nacionales*

Las academias nacionales también las hemos considerado como personas jurídicas de derecho público no territorial de carácter corporativo, es decir, como corporaciones públicas[30].

Las academias nacionales son siete: la Academia Venezolana de la Lengua, correspondiente de la Real Academia Española, creada por decreto de 1883[31]; la Academia Nacional de la Historia creada por decreto de 1888[32]; la Academia Nacional de Medicina, creada por ley de 1904[33]; la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, creada por ley de 1915[34]; la Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales, creada por ley de 1917[35]; la Academia Nacional de Ciencias Económicas, creada por ley de 1983[36]; y la Academia Nacional de la Ingeniería y el Hábitat, creada por ley de 1998[37].

Por supuesto, sólo en las leyes de creación de las dos últimas, de 1983 y 1998, fue que se especificó que se trataba de "corporaciones de carácter público, con personalidad jurídica, patrimonio distinto del Fisco nacional, autonomía académica, organizativa y económica"; pero la ausencia de indicación expresa de tal circunstancia en relación con las academias creadas durante el siglo XIX y las dos primeras décadas del siglo XX no puede conducir a negarle la personalidad jurídica a las mismas, y menos aun cuando el Código Civil desde el siglo XIX entre las personas jurídicas se refiere a "los demás cuerpos morales de carácter público" (art. 19.2).

No tenemos duda sobre la personalidad jurídica de las academias y sobre su autonomía, lo que hace que sus miembros se elijan por cooptación; así como sobre su carácter de personas jurídicas no estatales, las cuales, por tanto, no están sometidas a control alguno de tutela por parte de los órganos de la Administración Pública central.

---

29 En ese sentido es que se podría decir que, p. ej., los colegios de abogados son "entes corporativos de la administración pública descentralizada", véase la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa del 23 de mayo de 2000, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 207.

30 Esta calificación la establecimos por primera vez en la comunicación n.º 1165 del 19 de noviembre de 1971 dirigida al Presidente del Banco Central de Venezuela, en la cual tratamos sobre la naturaleza jurídica de dicha entidad. Cfr. en *Informe sobre la reforma de la Administración Pública Nacional*, t. I, Caracas, Comisión de Administración Pública, 1972, pp. 611 y ss. La calificación ha sido acogida, en forma pacífica, por la doctrina: véase, en general, la opinión de los académicos Jesús Leopoldo Sánchez, Tito Gutiérrez Alfaro, Eloy Lares Martínez, Luis Felipe Urbaneja y René de Sola, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, n.ºs 72 y 73, Caracas, 1978, pp. 19 y ss.; y Eugenio Hernández Bretón, "La personalidad jurídica de las Academias", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, n.º 97 y 98, Caracas, 1989, pp. 125 y ss.

31 *Compilación Legislativa*, t. II, Caracas Edit. Andrés Bello, 1952, Sección VII-6.

32 *Compilación Legislativa*, t. II, Caracas, Edit. Andrés Bello, 1952, Sección VII-5.

33 Regulada por Ley del 1941, *Gaceta Oficial* n.º 20.557 del 5 de agosto de 1941.

34 Regulada por Ley del 1924, *Gaceta Oficial* n.ºs 15361 del 13 de agosto de 1924.

35 *Gaceta Oficial* n.º 13181 del 27 de junio de 1917.

36 *Gaceta Oficial* n.º 32798 del 24 de agosto de 1983.

37 *Gaceta Oficial* n.º 5263 Extra. del 17 de septiembre de 1998.

Si bien cumplen funciones consultivas en relación con la Administración Pública, sin que las consultas tengan ni carácter obligatorio ni vinculante, ello no puede conducir a considerarlas como meras dependencias jerárquicas de la Administración Pública nacional[38], lo cual no tendría fundamento alguno.

3. *Las asociaciones de derecho público*

Los establecimientos asociativos de derecho público en la actualidad, son las personas jurídicas de derecho público que se crean en virtud de un contrato de asociación entre las comunidades políticas (personas de derecho público político territoriales), siendo la figura más característica las mancomunidades entre municipios. Además, existen otras asociaciones entre comunidades políticas que pueden dar origen a personas jurídicas mancomunadas.

A. *Las mancomunidades*

En efecto, el artículo 170 C. dispone que "Los municipios podrán asociarse en mancomunidades o acordar entre sí o con los demás entes públicos territoriales, la creación de modalidades asociativas intergubernamentales para fines de interés público relativos a materias de su competencia".

Ello implica que mediante un convenio o asociación entre dos o más municipios, estos pueden atribuir a un nuevo ente público una mancomunidad, para que ésta, en común, ejerza o gerencie materias de la competencia municipal definidas en el artículo 178 C. y en los artículos 40 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2005. En esta se dispone que las mancomunidades son "figuras asociativas constituidas en forma voluntaria por dos o más municipios para la gestión de materias específicas de su competencia" (art. 40), y se crean "cuando se asocien dos o más municipios, colindantes o no, de la misma o de diversas entidades federales" (art. 41).

La mancomunidad, por ello, necesariamente goza de personalidad jurídica (art. 44) la cual, sin duda, es de derecho público, pues la voluntad de cada municipio para constituirla se manifiesta por ley local, es decir, por ordenanza, la cual confiere al ente prerrogativas del poder público municipal (*Cuarta parte, § 15*).

La Ley Orgánica del Poder Público Municipal del 2005[39], en su artículo 42, precisa que la creación de una mancomunidad requiere de la aprobación del acuerdo respectivo por las entidades que concurran a su formación; el cual contendrá el estatuto que la regirá; acuerdo que, entre otros aspectos, debe precisar la personalidad jurídica propia de la mancomunidad, de manera que no comprometa a los municipios que la integran más allá de los límites señalados en los estatutos respectivos (art. 44).

B. *Las personas asociativas intergubernamentales*

La Constitución ha ampliado el ámbito de las asociaciones entre personas de derecho público territoriales (comunidades políticas) para la creación de personas asociativas de derecho público. El mismo artículo 170 C., en efecto, en cuanto a los municipios, dispone que estos pueden acordar con los demás entes públicos territoriales la creación de modalidades asociativas intergubernamentales para fines de interés público relativos a materias de

---

[38] Según la opinión de GONZALO PÉREZ LUCIANI, la cual no compartimos, las academias nacionales no serían personas jurídicas, sino sólo "órganos de la Administración Pública venezolana" u "órganos administrativos del Estado", en particular, de la "administración consultiva"; en definitiva, "órganos colegiados" que se integran en "la organización administrativa central". Cfr. "Las Academias venezolanas. Su naturaleza jurídica" en *Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona*, Caracas, 2002, pp. 102 a 103.

[39] *Gaceta Oficial* 38.204 del 8 de junio de 2005.

su competencia. Es decir, conforme a esta norma, que repite el artículo 46 de la Ley Orgánica del poder municipal, los municipios y los estados y/o la República pueden celebrar contratos de asociación para la constitución de personas de derecho público, por ejemplo, para la prestación de determinados servicios públicos[40].

En el mismo sentido, el Reglamento Parcial 3.º de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del poder público sobre el Consejo Territorial de Gobierno y el Fondo Intergubernamental para la Descentralización[41] establecía expresamente que los órganos de la Administración Pública nacional (la República) podían celebrar convenios de colaboración con los estados, y estos entre sí (art. 14), agregando que "Cuando para la adecuada gestión del objeto de un convenio de colaboración sea necesaria la creación de una entidad con personalidad jurídica, ésta podrá ser creada con la forma de corporación asociativa de carácter público, siguiendo las formalidades establecidas en el artículo 19 C.C." (art. 17). Consideramos que estas personas jurídicas que derivan de un contrato de asociación suscrito exclusivamente entre personas jurídicas político territoriales, deben ser consideradas como cuerpos morales de carácter público conforme a la mención del artículo 19.2 C.C.; antes que "asociaciones de carácter privado" conforme al artículo 19.3 C.C. Por más forma asociativa de derecho privado que puedan tener esas entidades, en nuestro criterio no pueden en forma alguna ser considerada como de carácter privado, a pesar de que se las constituya como asociaciones inscritas en el registro público, dado que son las comunidades políticas las que las constituyen para el cumplimiento de fines comunes.

4. *Las instituciones de derecho público: establecimientos públicos institucionales o fundacionales*

En el ordenamiento jurídico constitucional pueden distinguirse dos tipos de personas jurídicas de derecho público de base o sustrato patrimonial, también denominados establecimientos públicos institucionales o fundacionales: por una parte, los institutos autónomos regulados en el artículo 142 C.; y por la otra, el Banco Central de Venezuela, como institución con personalidad de derecho público de carácter único, la cual a partir de la Carta de 1999 adquirió rango constitucional (arts. 318 y ss.).

A. *Los institutos autónomos*

Los institutos autónomos[42], en estricto derecho, son "fundaciones públicas", es decir, instituciones creadas por ley por una persona jurídica de derecho público territorial mediante la afectación de un activo que forma parte del patrimonio público, para la consecución de un fin de carácter público.

Son "instrumentos del Estado para el cumplimiento de sus fines"[43], o como los ha definido la jurisprudencia: "constituyen entidades no territoriales, que forman parte de la Administración descentralizada, y a los cuales podríamos definir como aquellos organismos creados por el Estado, dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya fi-

---

40 Cfr. José L. Villegas Moreno "El consorcio administrativo en el ámbito local venezolano: Aproximación a una descentralización cooperativa en el área de los servicios públicos domiciliarios", *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, vol. II, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 1021 a 1037.

41 *Gaceta Oficial* n.º 35.273 del 12 de agosto de 1993.

42 Cfr. Jesús Caballero Ortiz, *Los institutos autónomos,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1986.

43 Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 16 de junio de 81, *Revista de Derecho Público,* n.º 7, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1981, pp. 143-144.

nalidad es cumplir la gestión de un servicio público administrativo, industrial o comercial, creados por ley de conformidad con lo establecido en la Constitución"[44]

En otras palabras, los institutos autónomos son personas jurídicas de derecho público creadas por ley, mediante la descentralización de una parte del patrimonio público y de competencias legales, por parte de una persona de derecho público político territorial, y la atribución a las mismas, además de prerrogativas del poder público, y que por ello quedan sometidas al control de tutela del respectivo órgano ejecutivo y al control político del respectivo órgano legislativo (*Tercera parte, § 10*).

Se trata, en definitiva, de una forma de ruptura del principio hacendístico de la unidad del Tesoro, que puede producirse en los tres niveles de descentralización política: nacional, estadal y municipal, y que, a nivel nacional, conforme a la vieja Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional[45], se estableció desde los años veinte con la previsión de la figura de los "institutos y establecimientos oficiales autónomos" (arts. 70 y ss.).

Esta institución, además, se reguló expresamente en la Constitución de 1961, en el título relativo a la Hacienda Pública Nacional, en cuyo artículo 230 se dispuso que "solo por ley y en conformidad con la Ley Orgánica respectiva, podrán crearse institutos autónomos", con lo cual se puso término al régimen precedente conforme al cual los institutos autónomos podían crearse por decreto ejecutivo.

Esta misma orientación es la que se siguió en la Constitución de 1999, en cuyo artículo 142 se exige que "los institutos autónomos sólo podrán crearse por ley", agregándose el principio del control público, al prescribirse que "tales instituciones, así como los intereses públicos en corporaciones o entidades de cualquier naturaleza, estarán sujetos al control del Estado en la forma que establezca la ley".

La norma del artículo 142 C., por otra parte, se encuentra dentro de las normas que se refieren a la Administración Pública y que están ubicadas entre las disposiciones fundamentales relativas al poder público, lo que implica que estos entes descentralizados o establecimientos públicos institucionales no sólo pueden existir a nivel nacional, sino también en los niveles territoriales inferiores.

Es decir, por tratarse de una forma de descentralización funcional, todos los niveles de descentralización política (nacional, estadal, municipal) pueden establecer institutos autónomos[46] pero con la aplicación de los principios del artículo 142 C. conforme a la previsión expresa del artículo 233 ídem, es decir, que los institutos autónomos de los estados se deben crear por ley de los consejos legislativos y que los institutos autónomos municipales se deben crear por ordenanza de los concejos municipales, y que, además, esos entes legislativos, los consejos legislativos y los concejos municipales deben ejercer el control sobre los mencionados institutos autónomos.

Esta exigencia constitucional la reafirma la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001[47], al disponer que la creación de los institutos autónomos sólo pueda realizarse mediante ley, a cuyo efecto el artículo 96 de la LOAP dispone que la ley nacional, estadal u ordenanza que cree un instituto autónomo debe contener:

---

44 Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 21 de mayo de 1984, *Revista de Derecho Público,* n.º 19, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1984, p. 95.

45 *Gaceta Oficial* n.º Extra. 1.660 del 21 de junio de 1974.

46 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Introducción general al régimen jurídico de la Administración Pública" en ALLAN R. BREWER-CARÍAS y RAFAEL CHAVERO G., *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, pp. 62 y ss.

47 *Gaceta Oficial* n.º 37.305 del 17 de octubre de 2002

1. El señalamiento preciso de su finalidad, competencias y actividades a su cargo.
2. La descripción de la integración de su patrimonio y de sus fuentes ordinarias de ingresos.
3. Su estructura organizativa interna a nivel superior, con indicación de sus unidades administrativas y señalamiento de su jerarquía y atribuciones.
4. Los mecanismos particulares de control de tutela que ejercerá el órgano de adscripción.

Los institutos autónomos han sido regulados por primera vez en el ordenamiento, y dejando de lado las viejas normas de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública nacional, en la referida Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001, la cual los define como personas jurídicas de derecho público de naturaleza fundacional, creadas por ley nacional, estadal u ordenanza municipal conforme a las disposiciones de la Ley Orgánica, dotadas de patrimonio propio e independientes de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios, según sea el caso, con las competencias o actividades determinadas en la ley que las cree (art. 95).

En la materia, por tanto, rige el principio de la reserva legal para los actos jurídicos fundacionales públicos, por lo que a nivel nacional la separación de parte del patrimonio público de la masa general del Tesoro para afectarlo a un fin público específico que se le transfiere, mediante un acto de descentralización que implica además la atribución de personalidad jurídica, solo puede hacerse mediante ley formal del Congreso de la República (art. 142). Esta reserva legal implica también, por supuesto, que los institutos autónomos sólo pueden ser suprimidos por ley especial, la cual debe establecer las reglas básicas de la disolución, así como las potestades necesarias para que el respectivo ejecutivo nacional, estadal, del distrito metropolitano o municipal proceda a su liquidación (art. 99).

La Ley Orgánica de la Administración Pública, además y con carácter general, dispone que los institutos autónomos gozan de los privilegios y prerrogativas que la ley nacional acuerde a la República, los estados, los distritos metropolitanos o los municipios (art. 97). No se estableció, entonces, que la ley de creación determinaría los privilegios y prerrogativas de los cuales gozaría cada instituto autónomo, sino que la Ley Orgánica directamente se los otorgó.

Ahora bien, la atribución de personalidad jurídica a un patrimonio público para el cumplimiento de un fin público mediante la asignación al nuevo ente de poderes y prerrogativas implica la voluntad de dotarlo de cierta autonomía para el manejo patrimonial del ente respecto de las normas que normalmente rigen la Administración central. Sin embargo, la autonomía administrativa y de gestión no excluye el control por parte de los órganos de la Administración central respectiva, el cual siempre debe estar presente conforme al artículo 142 C., y que en relación con los institutos autónomos se denomina control de tutela. En otras palabras, siendo el instituto autónomo una forma de descentralización administrativa, el nuevo ente siempre debe permanecer sometido al control de tutela de los órganos ejecutivos, a los cuales en definitiva corresponde la administración de la Hacienda Pública. Estos, incluso, pueden decretar la intervención de los institutos autónomos (art. 123).

Por ello, los institutos autónomos siempre son personas jurídicas estatales, en el sentido de que a pesar de su autonomía son parte de la organización general del Estado, como Administración descentralizada, por lo que la actividad de los mismos está sujeta a los principios y bases establecidos en la Ley Orgánica de la Administración Pública y a las disposiciones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (art. 98). Por ello no podría crearse un instituto autónomo por ley, y establecerse en dicha ley, que a pesar de tratarse de una persona de derecho público estatal integrada a la organización general del Estado como formando la Administración Pública descentralizada, sin embargo, por ejemplo, sea sometido al sólo control de tutela del órgano legislativo y no del órgano ejecutivo.

Se trata, por tanto, siempre, de personas de derecho público estatales, pues están integradas a la organización general del Estado como integrando la Administración Pública descentralizada. A ese efecto, todo instituto autónomo tiene que estar adscrito a un determinado ministerio u órgano de la Administración Pública correspondiente, y en ningún caso puede quedar adscrito al despacho del Presidente de la República, del Vicepresidente Ejecutivo, del gobernador o del alcalde (art. 116)[48]. En el ámbito nacional, en todo caso, corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros decretar la adscripción de los institutos autónomos a los órganos de la Administración Pública central nacional (art. 115). En relación con los establecimientos públicos institucionales, por tanto, la adscripción formal a un ministerio es un dato que contribuye a precisar su carácter de instituto autónomo, como ahora ocurre con el Banco Industrial de Venezuela que está formalmente adscrito al Ministerio de Finanzas (art. 3.5 de la Ley de Adscripción).

Por otra parte, los ministerios u otros órganos de control, nacionales, estadales, de los distritos metropolitanos o municipales, respecto de los entes descentralizados funcionalmente que les estén adscritos, conforme al artículo 117 de la Ley Orgánica deben definir la política a desarrollar por tales entes, a cuyo efecto deben formular las directivas generales que sean necesarias; ejercer permanentemente funciones de coordinación, supervisión y control; evaluar en forma continua el desempeño y los resultados de su gestión e informar oportunamente al Presidente de la República, gobernador o alcalde, según corresponda; informar trimestralmente al organismo u órgano, nacional, estadal, del distrito metropolitano o municipal, encargado de la planificación acerca de la ejecución de los planes por parte de los entes; y proponer al Presidente de la República, gobernador o alcalde, según corresponda, las reformas necesarias a los fines de crear, modificar o eliminar las entidades descentralizadas funcionalmente que respectivamente les estén adscritas.

Debe señalarse, por último, que los institutos autónomos no pueden identificarse en razón de sus fines específicos, pues aunque siempre son fines de interés público y general, varían comúnmente entre sí. En efecto, existen institutos autónomos que realizan actividades industriales y comerciales; otros, en cambio, tienen asignada la prestación servicios públicos o la realización de tareas de investigación, de ejecución de obras, de desarrollo social, de fomento a la educación y la cultura, de desarrollo regional, de financiamiento y promoción de la actividad económica privada, y de numerosas funciones de la más diversa índole. Incluso, hay institutos autónomos que son servicios administrativos personificados, como la Superintendencia de Bancos regulada en la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras[49] para controlar la actividad bancaria, y la Comisión Nacional de Valores creada por la Ley de Mercado de Capitales[50], también para el control de dicho mercado.

Por otra parte, históricamente se crearon establecimientos públicos institucionales con forma de sociedad anónima, como sucedió con el Banco Industrial de Venezuela, el antiguo Banco de Desarrollo Agropecuario y el desaparecido Banco de los Trabajadores. La característica primordial de estos establecimientos radicaba en que siendo personas jurídicas de derecho público creadas por ley, se constituyeron bajo la forma de sociedades por acciones para, en principio, permitir la participación de capital privado en su capital. Se

---

48 Véase p. ej., la Ley de adscripción de institutos autónomos, empresas del Estado, fundaciones, asociaciones y sociedades civiles del Estado a los órganos de la Administración Pública, dictada apenas fue sancionada la Ley Orgánica de la Administración Pública, por decreto ley n.º 1.512 del 2 de noviembre de 2001, *Gaceta Oficial* n.º 5.556 Extra. del 13 de noviembre de 2001.

49 Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, decreto ley n.º 1.526, *Gaceta Oficial* n.º 5.555 Extra. del 13 de noviembre de 2001.

50 Ley de Mercado de Capitales del 22 de octubre de 98, *Gaceta Oficial* n.º 36.565 del 22 de octubre de 1998.

diferencian de las empresas del Estado en que éstas son personas jurídicas constituidas totalmente conforme a un régimen de derecho privado, de acuerdo al Código de Comercio, por lo que no pueden, por su acta de creación, ser titulares de prerrogativas del poder público. Por otra parte, esta categoría de establecimientos públicos se diferencia de los clásicos institutos autónomos en que éstos se establecían con un aporte fundacional totalmente público, en el cual no se aceptaba la participación del capital privado en su funcionamiento

El único de estos institutos que sobrevive es el Banco Industrial de Venezuela creado por Ley de 1937 con forma jurídica de sociedad anónima y que originalmente permitía la participación de particulares en su capital. Ello nos llevó a calificarlos como "establecimientos o corporaciones públicas asociativas", pero dada la participación exclusivamente pública en su capital, particularmente después de la reforma de la Ley de 1975, dicha institución se puede asimilar perfectamente a la figura de los institutos autónomos[51], estando adscrito, además, como todos los institutos autónomos, como antes se dijo, al Ministerio de Finanzas.

Debe también mencionarse que la terminología que se ha utilizado históricamente para designar a los institutos autónomos ha sido sumamente variada: institutos, administración, bancos, círculos, cajas, consejos, patronatos, corporaciones, fondos, todo lo cual en determinados casos ha inducido a confusión sobre la naturaleza de estos entes descentralizados. Sin embargo, es evidente que para la identificación de los institutos autónomos o para desechar tal carácter no basta atenerse a la denominación que se pueda haber dado al ente respectivo. Ello quedó claro de la sentencia de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia 222 del 15 de julio de 1992 (caso Fundación Yohama-Arquímedes Fajardo), en la cual se hizo el siguiente razonamiento para identificar como un instituto autónomo municipal a un ente que había sido creado por ordenanza como una fundación:

Es lo cierto que los entes descentralizados nacionales, estadales o municipales, pueden ser creados de conformidad con normas de derecho público o de acuerdo con las reglas del derecho común. Así, la previsión constitucional que establece reserva legal en esa materia, sólo por ley pueden crearse los institutos autónomos (Artículo 230).

De otra parte, sociedades mercantiles, fundaciones, asociaciones civiles, formas jurídicas propias del derecho privado que se han estimado convenientes para arbitrar determinados cometidos estatales, son creadas en la mayoría de los casos, conforme a las normas del derecho común, de acuerdo con su naturaleza.

Para esta Sala es concluyente, que la norma de creación del ente público descentralizado va a determinar si se han asumido formas típicas del derecho público o del derecho privado y como consecuencia de ello variaría el régimen jurídico aplicable.

Conviene, sin embargo, destacar que la naturaleza del ente no puede determinarse con base solamente a la denominación y carácter que pretenda atribuirle el ente creador. En efecto, para identificar la naturaleza del ente, se hace necesario en la mayoría de los casos, realizar un examen que trasciende la sola consideración del nombre utilizado, siendo necesario atender a diversos criterios que lo revelen. Entre los criterios se encuentra, entre otros, la participación -directa o indirecta- de la entidad territorial en su patrimonio, la asignación

---

51 En consecuencia, consideramos que debe abandonarse su ubicación dentro de los "establecimientos públicos asociativos" donde se lo había ubicado cuando todavía podía participar el capital privado en el capital de la sociedad. En la misma categoría se ubicó en su momento al Banco de Desarrollo Agropecuario y al Banco de los Trabajadores, los cuales desde hace años están en liquidación.

de objetivos propios de la administración estadal, los mecanismos para otorgarle los recursos y en fin, cualquier otra circunstancia reveladora de una participación estatal decisiva en la dirección del ente en cuestión.

Estima esta Sala que el acto de creación tiene particular importancia y en ocasiones puede incluso hacer innecesaria la búsqueda de criterios auxiliares. Ello ocurre, cuando el acto de creación es el propio del derecho público, como acontece cuando se acude a un acto jurídico de rango legal para crear una persona jurídica y en ese mismo texto se la dota, de patrimonio propio distinto y separado del fisco nacional, estadal o municipal según sea el caso; todo lo cual es determinante de su naturaleza pública.

Por el contrario, cuando se da origen al ente, prevaliéndose de formas propias del derecho común, y obviando que su nacimiento sea la consecuencia del acto legislativo, se estaría en presencia entre otras, de fundaciones, sociedades civiles o mercantiles. Estas, no obstante que su procedimiento de creación concierne al derecho común y que su régimen principalmente obedecerá a ese ordenamiento jurídico, pueden ser consideradas personas jurídicas de derecho público si fueran creadas por ley y así expresamente queda consagrado.

El artículo 48 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, señala que "Las fundaciones municipales son universalidades de bienes creadas por el municipio, sólo o conjuntamente con otras entidades locales con personalidad jurídica con fines culturales, sociales o benéficos y en cuyo patrimonio el municipio haya incorporado bienes en proporción mayor al cincuenta por ciento (50%)".

La disposición transcrita no hace mención respecto del instrumento por cuyo intermedio ha de crearse la fundación municipal como tampoco ocurre cuando se refiere a las asociaciones civiles y las empresas municipales por lo que en principio tales personas jurídicas han de ser creadas cumpliendo las formalidades exigidas por el derecho común, vale decir y en concreto para el caso de las fundaciones atendiendo a las disposiciones contenidas en el artículo 19, ordinal 3.º del Código Civil, de igual manera que tendrían que cumplirse los trámites que la legislación mercantil exige para el caso de que la voluntad sea la de constituir sociedades de comercio.

Se ha creado mediante una Ordenanza municipal -ley material- la referida fundación "Yohama" el 22 de abril de 1991, fecha de publicación en la *Gaceta Municipal* del municipio Sucre, en su edición extraordinaria n.º 26 y se ha indicado en el artículo 5.º de la Ordenanza por cuyo intermedio se le crea que "es una persona jurídica de derecho privado que tendría su patrimonio propio e independiente del patrimonio de la Municipalidad". Con vista a ello se ha alegado ante esta Sala que siendo que la referida fundación es -por suerte de su acto de creación- persona jurídica de derecho privado y que en su patrimonio no se han incorporado bienes en una proporción superior al cincuenta por ciento, ella no se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, porcentaje exigido por el artículo 48 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal para que pueda ser considerada como una Fundación municipal. Tal argumentación presupone que la persona jurídica sea verdaderamente una fundación; y que el cargo desempeñado por el alcalde no lo sea en una fundación del municipio.

Considera esta Sala, que con prescindencia de la denominación "Fundación" el ente creado por la Ordenanza dictada el 22 de abril de 1991 por el Concejo del municipio Autónomo Sucre del Estado Mérida tiene su origen en una ley local. Por otra parte en la Ley que crea la Fundación Yohama dice: "Artículo 16. El patrimonio de la Fundación Yohama estará integrado por los aportes que le hicieren el Concejo municipal o cualquier otro organismo público o privado, por las donaciones que recibiere y por los ingresos que resultaren de sus propias actividades en función de los espectáculos presentados en el período ferial".

Así mismo, la Ordenanza otorga a la "Fundación competencia para otorgar autorizaciones, imponer multas (arts. 21 a 25). Visto lo anterior, la Sala estima que no puede considerársele a la llamada Fundación Yohama como una persona jurídica de derecho privado, e incluso habida cuenta de la ausencia de sustrato personal podría estimarse que su naturaleza se corresponde a la del instituto autónomo municipal[52].

B. *El Banco Central de Venezuela*

El Banco Central de Venezuela, desde su creación ha sido una institución atípica, y lo continúa siendo, particularmente después de sancionada la Constitución de 1999, cuyas normas la han constitucionalizado, consagrando su personalidad jurídica de derecho público y autonomía. En tal sentido, el artículo 318 dispone que "el Banco Central de Venezuela es persona jurídica de derecho público con autonomía para la formulación y el ejercicio de las políticas de su competencia", el cual debe ejercer "sus funciones en coordinación con la política económica general, para alcanzar los objetivos superiores del Estado y la Nación".

Se trata ahora de un establecimiento público institucional (pero distinto a los institutos autónomos) con autonomía funcional garantizada en la propia Constitución, la cual le asigna el ejercicio exclusivo y obligatorio de las competencias monetarias que corresponden al poder nacional (art. 318), con el objetivo fundamental de lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria. La misma norma dispone que el Banco Central de Venezuela tiene entre sus funciones las de "formular y ejecutar la política monetaria, participar en el diseño y ejecutar la política cambiaria, regular la moneda, el crédito y las tasas de interés, administrar las reservas internacionales, y todas aquellas que establezca la ley". Por ello, el artículo 1.º de la ley del Banco Central de de venezuela, define a esta institución como "una persona jurídica de derecho público, de rango constitucional, de naturaleza única, con plena capacidad pública y privada, integrante del poder público nacional"[53].

Ahora bien, en la ley de creación del Banco Central de Venezuela de 1939 se le dio la forma jurídica de compañía anónima, admitiéndose la participación privada en la constitución de su capital pero sin que se pudiera aceptar un número de acciones privadas que representara más del 50 % de su capital social. Con motivo de la impugnación por inconstitucionalidad de dicha ley, basada precisamente en el hecho de que se atribuía la potestad emisora de billetes y de acuñación de monedas a una "compañía privada", la antigua Corte Federal y de Casación en Sala Político Administrativa, en sentencia del 20 de diciembre de 1940, decidió que en realidad el Banco "no era un instituto particular o privado" sino un ente público[54]; y así se consideró siempre a pesar de su forma societaria, la cual se desdibujó definitivamente con la reforma de la Ley del Banco Central de Venezuela de 1974, en la cual no sólo se lo calificó como "persona jurídica pública con forma de compañía anónima" (art. 1.º), sino que se eliminó toda posibilidad de participación privada en la constitución de su capital, el cual fue nacionalizado completamente (art. 8.º)[55].

---

52 Sentencia de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, *Revista de Derecho Público*, n.º 51, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1992, pp. 93 y ss.

53 Ley del Banco Central de Venezuela, *Gaceta Oficial* n.º 38.232 Extra. del 20 de julio de 2005.

54 Véanse las referencias en M. R. Egaña, *Documentos relacionados con la creación del Banco Central de Venezuela,* t. III, Caracas, 1980, pp. 26 y ss.

55 Ley del Banco Central de Venezuela, *Gaceta Oficial* n.º 1711 Extra del 30 de diciembre de 1974.

Posteriormente, en la reforma de la Ley de 2002 definitivamente se calificó al Banco como una persona jurídica de derecho público de carácter único, como en efecto lo es[56], sobre todo después de la reforma constitucional de 1999.

Fue la forma de sociedad anónima que desde su origen sin embargo ha tenido el Banco Central de Venezuela y, además, su régimen de autonomía y el hecho de que hasta 1974 los particulares pudieran participar en su capital, lo que nos llevó no sólo a diferenciar dicha institución de los institutos autónomos tradicionales, sino a calificarlo como un establecimiento público asociativo[57], lo que en la actualidad no se justifica. Se trata de un establecimiento público institucional, con forma de sociedad anónima, que tiene a su cargo funciones que son típicamente estatales por referirse a la política monetaria, crediticia y financiera del país, lo que implica la atribución por la Constitución y la ley a dicha entidad de prerrogativas del poder público.

Su régimen jurídico básico, por otra parte, es de rango constitucional, en el que, en primer lugar, se garantiza su autonomía. A tal efecto, el artículo 320 C. dispone que el ministerio responsable de las finanzas y el Banco Central de Venezuela deben contribuir a la armonización de la política fiscal con la política monetaria, facilitando el logro de los objetivos macroeconómicos, y que en el ejercicio de sus funciones el Banco Central de Venezuela "no estará subordinado a directivas del poder ejecutivo y no podrá convalidar o financiar políticas fiscales deficitarias". Además, la actuación coordinada del poder ejecutivo y del Banco Central de Venezuela se debe realizar mediante un acuerdo anual de políticas, en el cual se deben establecer los objetivos finales de crecimiento y sus repercusiones sociales, balance externo e inflación, concernientes a las políticas fiscal, cambiaria y monetaria; así como los niveles de las variables intermedias e instrumentales requeridos para alcanzar dichos objetivos finales. Dicho acuerdo debe ser firmado por el presidente o presidenta del Banco Central de Venezuela y el titular del Ministerio de Finanzas, y se debe divulgar en el momento de la aprobación del presupuesto por la Asamblea Nacional.

En la Constitución también se establece el régimen de control posterior por parte de la Contraloría General de la República y la inspección y vigilancia por parte de la Superintendencia de Bancos, la cual debe remitir a la Asamblea Nacional informes de las inspecciones que realice. En cuanto a la Asamblea Nacional, dicha institución es la que debe discutir y aprobar el presupuesto de gastos operativos del Banco Central de Venezuela, cuyas cuentas y balances deben ser objeto de auditoria externa en los términos que fije la ley (art. 319). En términos generales, además, el mismo artículo dispone que el Banco Central de Venezuela se rige por el principio de responsabilidad pública, a cuyo efecto debe rendir cuenta de las actuaciones, metas y resultados de sus políticas ante la Asamblea Nacional, de acuerdo con la ley. También debe rendir informes periódicos sobre el comportamiento de las variables macroeconómicas del país y sobre los demás asuntos que se le soliciten, e incluirá los análisis que permitan su evaluación; pudiendo el incumplimiento sin causa justificada del objetivo y de las metas dar lugar a la remoción del directorio y a sanciones administrativas, de acuerdo con la ley.

---

[56] Véase sobre la personalidad jurídica del Banco Central de Venezuela, la sentencia 214 del 18 de julio de 1985, caso Leopoldo Díaz Bruzual, *Revista de Derecho Público*, n.º 24, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1985, pp. 103 y ss.

[57] Cfr. en *Informe sobre la reforma de la Administración Pública Nacional*, t. I, Caracas, Comisión de Administración Pública, 1972, pp. 611 y ss. Ello no tiene justificación alguna después de su constitucionalización, sobre todo cuando la forma societaria que tiene el Banco es una mera "forma jurídica" que no afecta la titularidad única de la República sobre sus acciones.

II. LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO

Las personas jurídicas de derecho privado o de carácter privado, al contrario de las personas jurídicas de derecho público, se constituyen en virtud de una manifestación de voluntad de uno o varios sujetos de derecho, utilizando para ello las formas y mecanismos establecidos para regular las relaciones entre particulares, usualmente consagrados en normas de derecho privado civil o mercantil.

Por ello, al ser creadas conforme a los mecanismos del derecho privado, y no por una ley en sí misma, estas personas no son ni pueden ser titulares de prerrogativas y privilegios del poder público. La transferencia de competencias públicas como efecto propio de la descentralización funcional de derecho público sólo puede hacerse a través de una ley, de manera que son las personas jurídicas de derecho público las que normalmente tienen su origen en una ley que regula su constitución, la cual, además, es la que dispone la transferencia a la entidad de funciones o poderes de carácter público. En el caso de las personas jurídicas de derecho privado, en cambio, por su sola creación conforme a las formas jurídicas civiles, no pueden asumir poderes de derecho público.

Ahora bien, para determinar la variedad de las personas jurídicas de derecho privado hay que partir también de la regulación contenida en el artículo 19 C.C., el cual enumera como personas jurídicas, y por tanto capaces de derechos de obligaciones, además de las personas jurídicas de derecho público político territoriales y a las comunidades y corporaciones públicas (ords. 1.° y 2.°) a “las asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas” (ord. 3.°).

Es decir, el Código Civil enumera tres tipos de entidades o personas jurídicas que pueden ser calificadas como de derecho privado, las cuales, como principio general común relativo a la forma jurídica de la entidad, disponen que la personalidad jurídica la adquieren con la protocolización de su acta constitutiva en la oficina subalterna de Registro. De ello resulta, por tanto, como principio general, que estas personas jurídicas de derecho privado, en principio, se constituyen con la protocolización de su acta constitutiva y de sus estatutos en una Oficina Subalterna de Registro.

La diferenciación de las tres entidades distintas enumeradas en la norma, que son las asociaciones, las corporaciones y las fundaciones, deriva del sustrato personal o real que justifica su existencia o del predominio de uno u otro, y que es, en definitiva, el objeto de la protección que establece el ordenamiento jurídico para el desarrollo de las actividades que tienen encomendadas.

Si se analizan las tres categorías enunciadas (asociaciones, corporaciones y fundaciones) puede decirse que, en cuanto a las asociaciones, en ellas siempre están presentes los dos sustratos, el personal, materializado en las personas asociadas que suscriben el contrato de sociedad, y el real, constituido por los aportes que los socios hacen, y que conforma el patrimonio de la entidad. Estas asociaciones o como lo indica el mismo artículo 19 C.C., “las sociedades civiles y las mercantiles se rigen por las disposiciones legales que les concierne”, en una clara referencia a las sociedades reguladas en el Código Civil y en el Código de Comercio.

En cuanto a las corporaciones, puede decirse que en las mismas predomina el sustrato personal como objeto de protección, constituido por la comunidad (grupo de personas) que las constituyen.

Por último, en cuanto a las fundaciones, al contrario, solo hay un sustrato real, que es el que justifica la protección que el ordenamiento jurídico establece.

Con base en estas nociones del artículo 19 C.C. se puede establecer la clasificación general de las personas jurídicas de derecho privado en la siguiente forma:

En primer lugar, aquellas que tienen una base corporativa (sustrato personal), que son de dos tipos: primero, las corporaciones de derecho privado, conformadas por las comunidades privadas: las comunidades universitarias (universidades); las comunidades políticas (partidos políticos), y las comunidades laborales (sindicatos); y segundo, las asociaciones de derecho privado que comprenden las sociedades civiles, las sociedades mercantiles y las asociaciones cooperativas.

En segundo lugar, están aquellas personas jurídicas que tiene una base patrimonial (sustrato real), que son las fundaciones.

1. *Las corporaciones de derecho privado (comunidades privadas)*

El artículo 19 C.C. enumera entre las personas jurídicas de derecho privado a las corporaciones, las cuales se diferencian de las asociaciones en que no tienen su origen en un contrato o acuerdo de asociación, plasmado en un acta constitutiva que se registra; sino que la base de las mismas es la existencia de una comunidad, es decir, una agrupación abstracta de personas con una tarea común, que es la que se protege por el ordenamiento jurídico mediante la asignación de personalidad jurídica. Las corporaciones, se insiste, siempre constituyen una agrupación abstracta de personas, no siendo sus miembros ni socios ni asociados, y por ello son distintas de las asociaciones.

Las corporaciones a que se refiere el artículo 19 C.C., en efecto, a diferencia de las asociaciones y de las fundaciones, no encuentran regulación expresa en ninguna otra norma del Código, por lo que su régimen se ha venido estableciendo en leyes especiales. Entre ellas se destacan las universidades privadas, los partidos políticos y los sindicatos.

A. *Las comunidades universitarias privadas: las universidades privadas*

En cuanto a las universidades privadas, las mismas se regulan particularmente, en la Ley de Universidades[58], como personas jurídicas de derecho privado, en concreto, como "comunidades de intereses espirituales que reúnen a profesores y estudiantes en la tarea común de buscar la verdad y afianzar los valores trascendentales del hombre" (art. 1.º).

Las mismas se establecen por un acto de constitución de cualquier naturaleza, ya que la ley habla de "título jurídico de creación". Este puede ser, por ejemplo, un acto unilateral de uno o varios sujetos de derecho[59], un acuerdo de voluntades[60], e incluso un acto testamentario (art. 176).

La personalidad jurídica de las universidades privadas, en todo caso, se obtiene con la protocolización en la oficina subalterna de registro correspondiente: de la solicitud de funcionamiento de la universidad dirigida al Ministerio de Educación; del título jurídico de creación; del proyecto de estatuto orgánico, y del decreto del Presidente de la República autorizando el funcionamiento de la universidad (art. 175).

En el caso de las universidades privadas, la jurisprudencia contencioso administrativa ha señalado que "al intervenir en la gestión de un servicio público y al obligárseles a que apliquen la Ley de Universidades en la ejecución de dicho servicio y en concreto en las designaciones de su personal docente, realizan funciones administrativas. Y ello con inde-

---

58 *Gaceta Oficial* n.º 1429 Extra. del 8 de septiembre de 1970.

59 La Universidad Católica Andrés Bello, p. ej., fue creada por decreto del Episcopado Venezolano de 1951, implementado en 1953 por la Compañía de Jesús.

60 La Universidad Católica del Táchira, p. ej., se creó por acuerdo entre el Obispo de San Cristóbal y la Universidad Católica Andrés Bello.

pendencia de la naturaleza privada de la relación de la prestación de servicios que surge entre la universidad y el profesor designado"[61].

B. *Las comunidades políticas privadas: las organizaciones con fines políticos(partidos políticos)*

La Constitución de 1999 eliminó de su léxico la expresión "partidos políticos", limitándose a regular a las organizaciones con fines políticos (arts. 67 y 293.6). Entre las mismas, sin embargo, las más importantes y las únicas reguladas según la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones del 30 de abril de 1964[62] son los partidos políticos, que son comunidades políticas de derecho privado, los cuales son definidos en el artículo 2.° de dicha ley como agrupaciones de carácter permanente cuyos miembros convienen en asociarse para participar, por medios lícitos, en la vida política del país, de acuerdo con programas y estatutos libremente acordados por ellos. Se trata, como lo afirmó la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 10 de octubre de 1990, de entidades "que forman parte del engranaje con base en la cual se estructuran los órganos representativos de las instituciones del Estado"[63].

La importancia constitucional de estas comunidades políticas deriva de que su constitución resulta del ejercicio del derecho ciudadano de asociación con fines políticos que establece el artículo 67 C. "mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección", en general con la misión de participar en la orientación de la política nacional. Sobre esta exigencia, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 38 del 28 de abril de 2004, estableció:

En tal sentido, se observa que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela orientada por uno de los principios que la informan, como lo es la participación protagónica de los ciudadanos en los asuntos públicos, consagró el derecho a la asociación en organizaciones con fines políticos, cuya estructura debe garantizar métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección. A tal fin las organizaciones políticas que se crearen deberán incluir en su ordenamiento interno aquellas normas que desarrollen y garanticen el cumplimiento de este mandato, de igual modo, las ya existentes, tienen el deber ineludible de adaptar sus reglamentos y estatutos a esta exigencia constitucional, en caso de que los dictados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución, no garanticen el derecho constitucional referido, y la participación de sus integrantes en su organización y funcionamiento. Ello, con el apoyo del recién creado poder electoral que tiene a su cargo, por mandato constitucional, garantizar la participación de los ciudadanos, a través de procesos comiciales transparentes, imparciales, eficientes y confiables, que se celebren, entre otros, en las mismas organizaciones con fines políticos.

---

61 Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 24 de noviembre de 1986, *Revista de Derecho Público*, n.º 25, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1986, pp. 112 a 116; del 19 de enero de 1988, caso Ramón Escovar León *vs.* Universidad Católica Andrés Bello, en ALLAN R. BREWER-CARÍAS y Luis A. Ortiz Álvarez, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa 1961-1996,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1996, p. 493; y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo 23 de noviembre de 1994, caso Universidad José María Vargas (consultada en original); y de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa del 7 de julio de 1994 en ídem., cit. p. 503.

62 *Gaceta Oficial* n.º 27.725 del 30 de abril de 1965. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "El régimen jurídico administrativo de los partidos políticos en Venezuela", *Revista del Ministerio de Justicia*, n.º 51, Caracas, 1964, pp. 263 a 295; y como "Algunas notas sobre el régimen jurídico administrativo de los partidos políticos en el derecho venezolano", *Revista de Derecho Español y Americano*, Año X, n.º 8, Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1965, pp. 27 a 46.

63 Véase *Revista de Derecho Público*, n.º 44, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1990, pp. 108 y ss.

Los partidos políticos han de tener, entonces, necesariamente un carácter democrático, la actividad del partido en todo momento debe garantizar, preservar y desarrollar los principios democráticos contenidos en la Constitución, desechando cualquier conducta o práctica que distorsione el carácter democrático exigido por ella, debiendo abstenerse de cualquier método que vulnere las formas establecidas para acceder, ejercer y participar en el sistema político venezolano. Tales principios deben estar garantizados en su seno, es decir, dichas, organizaciones deben asegurar a sus afiliados la participación directa o representativa en el gobierno del partido[64].

Los partidos políticos, en todo caso, son comunidades u organizaciones políticas de ciudadanos, las cuales a pesar de que se constituyan para que estos puedan participar por métodos democráticos en la orientación de la política nacional, conforme al ejercicio de un derecho político, no por ello dejan de ser personas jurídicas de derecho privado. Su constitución, sin embargo, y la adquisición de personalidad jurídica, no se producen con el registro del acta constitutiva en la Oficina Subalterna de Registro, sino mediante otra forma jurídica regulada en la ley.

En efecto, los partidos políticos, tanto regionales como nacionales, deben constituirse conforme a diversos requisitos que establece la Ley de Partidos Políticos (arts. 10.º y 16), que concluyen con la "inscripción en el registro que al efecto llevará el Consejo Supremo Electoral" (ídem). Hecha la inscripción del partido político, el Consejo Supremo Electoral debe proceder a comunicarla a los interesados y a publicarla en la *Gaceta Oficial* de la República (art. 19), y tratándose de un partido político regional, además, en la *gaceta oficial* de la entidad respectiva (art. 13). Conforme al artículo 21 de la ley, es "desde la fecha de la publicación de su registro [que] el partido adquirirá personería jurídica y podrá actuar, a los fines de sus objetivos políticos, en toda la República o en todo el territorio de la Entidad Regional según el caso".

Ahora bien, por el hecho de sus fines políticos, no debe dejar de mencionarse que en la jurisprudencia se ha planteado la duda sobre si los partidos políticos son personas jurídicas de derecho público o personas jurídicas de derecho privado. En efecto, este rango constitucional de la consagración de los partidos políticos como instrumentos a través de los cuales los ciudadanos pueden participar en la orientación de la política nacional, llevó incluso a la antigua Corte Suprema de Justicia, siguiendo una doctrina sentada por el Consejo Supremo Electoral en 1970, a considerar a los partidos políticos desde el punto de vista histórico, sociológico y de la ciencia política, como "asociaciones políticas", "asociaciones de derecho público", "entes de carácter público" o "entes jurídicos de derecho público"[65], considerando, por tanto, que le correspondía a cualquier ciudadano el derecho de denunciar ante el Consejo Supremo Electoral las infracciones en que a su juicio hubiera podido incurrir un partido determinado y, en consecuencia, que correspondía al Consejo Supremo Electoral, en virtud de sus atribuciones, velar por que se cumplieran las exigencias legales en cuanto a la constitución y funcionamiento de los partidos políticos[66].

Precisamente por ello, requerida la intervención del Consejo Nacional Electoral con motivo de denuncias sobre infracciones en que pudieran incurrir los partidos políticos, las decisiones que adopta el ente rector del poder electoral se consideran actos administrativos

---

64 Véase *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, pp. 333 y ss.

65 Sentencia de la Sala Político Administrativa del 30 de enero de 1973, *Gaceta Oficial* n.º 30.112 del 26 de mayo de 1973 y en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo,* t. I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1975, pp. 571 y ss.

66 Sentencia de la Sala Político Administrativa del 30 de enero de 73, *Gaceta Oficial* n.º 30.112 del 26 de mayo de 1973.

recurribles ante la jurisdicción contencioso administrativa y, por tanto, sujetas al control judicial de constitucionalidad y legalidad por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia[67]. Sin embargo, los actos y decisiones adoptados por los propios partidos políticos, en cambio, no pueden considerarse en el derecho administrativo venezolano como actos administrativos que pudieran ser recurribles directamente en vía contencioso administrativa, pues los partidos políticos, por más que puedan considerarse bajo el ángulo del derecho constitucional y de la ciencia política como comunidades u organizaciones políticas ("asociaciones políticas" en la terminología histórica de la antigua Corte Suprema), no son personas jurídicas de derecho público ni ejercen prerrogativa pública alguna en relación a sus afiliados.

Como lo ha precisado la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 28 de agosto de 1989, "ni la previsión constitucional ni la definición misma que da de Partidos Políticos nuestro derecho positivo, en modo alguno permite configurarlos como personas jurídicas de derecho público", pues los mismos "ni forman parte de la estructura de la Administración Pública, ni han sido creados por actos de poder público", agregando:

Tampoco nos encontramos frente al supuesto de personas jurídicas de derecho privado, a las cuales el legislador las haya habilitado para dictar actos administrativos, como ocurre excepcionalmente en el supuesto previsto en el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, por lo que respecta a las fundaciones y empresas del Estado las cuales, no obstante tratarse, por su forma, de personas jurídicas de derecho privado, se encuentran habilitados expresamente para dictar las decisiones correspondientes en materia de averiguaciones administrativas. Tal prerrogativa, en virtud del carácter aislado no es susceptible de convertirlas en personas de derecho público.

Todo lo anterior lleva a esta Corte a la conclusión de que los partidos políticos, no obstante, la muy importante y decisiva participación en la vida pública del país, son personas jurídicas de derecho privado, cuyos actos no son susceptibles de ser calificados como actos administrativos. Cualquier divergencia que surja con motivo de una decisión del partido político o de uno de sus órganos, y la cual dé lugar al menoscabo de los derechos o intereses de un particular, debe ser sometida a la consideración del Consejo Supremo Electoral de conformidad con las previsiones correspondientes establecidas en la Ley de Partidos Políticos. En consecuencia, el acto administrativo será, precisamente, la decisión que al respecto adopte el Consejo Supremo Electoral y éste sería el acto impugnable por la vía del contencioso administrativo, sujeto al control judicial de constitucionalidad y de legalidad por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.

Esta Corte debe entonces concluir que los partidos políticos no son personas jurídicas de derecho público, ni pueden considerarse que ejercen potestades de poder público, pues el papel que la Constitución les asigna a los efectos de canalizar la participación de los ciudadanos en la orientación política nacional no es susceptible de calificar de prerrogativa lo que simplemente es una función, aunque sí, de gran relevancia para el desarrollo de la vida pública del país[68].

Como consecuencia, consideró la Corte que los partidos políticos en el régimen constitucional y legal venezolano, son personas jurídicas de derecho privado de las que el artículo 19.3 C.C. califica como "corporaciones", las cuales, en virtud del papel político que

---

67 Así se ha establecido, entre otras, por la sentencia de dicha Sala del 26 de junio de 1968, *Gaceta Forense* n.º 60, Caracas, Ministerio de Justicia, 1960, pp. 189 a 197; y se ha consagrado expresamente en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

68 Véase *Revista de Derecho Público* n.º 39, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1989. pp. 149 a 151.

la Constitución y la Ley de Partidos Políticos les asignan, están sometidas al control del Consejo Supremo Electoral, cuyos actos de control, por supuesto, son actos administrativos; pero no resultando de ello, de manera alguna, que los partidos puedan dictar por sí mismos actos administrativos, pues no ejercen prerrogativa pública alguna.

Esta jurisprudencia, sin embargo, ha variado a raíz de la promulgación de la Constitución de 1999 y de la creación en ella tanto del poder electoral como de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia. En cuanto al poder electoral, se le atribuyó la potestad de organizar las elecciones de las organizaciones con fines políticos (art. 293.6), y la Ley Orgánica del poder electoral[69] precisó las funciones de control del Consejo Nacional Electoral sobre dichas organizaciones. En cuanto a la Sala Electoral del Tribunal Supremo, a la misma se atribuyó la jurisdicción contencioso electoral (art. 297), y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia se le atribuyó competencia para "Conocer los recursos que se ejerzan contra actos, actuaciones y omisiones relacionados con la constitución, denominación, funcionamiento y cancelación de las organizaciones políticas, con la designación de miembros de organismos electorales, con el Registro Electoral Permanente, con la postulación y elección de candidatos a la Presidencia de la República y a la Asamblea Nacional" (art. 5.º, párrafo 1º.45).

Al no establecerse entre los objetos de impugnación si se trata sólo de actos administrativos del Consejo Nacional Electoral o de actos de los partidos políticos, esta posibilidad ha quedado abierta, como resultó incluso de la jurisprudencia sentada por la misma Sala Electoral en sentencia 38 del 28 de abril de 2004, en la cual conoció de la impugnación de un reglamento para la elección de precandidatos de un partido político (Movimiento al Socialismo) para las elecciones del año 2000, aprobado por la Dirección Nacional de dicho partido, por supuesta violación del artículo 67 C., en cuanto a los "métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección" de los partidos. La Sala consideró que el nuevo esquema constitucional "impone a estos organismos, en el ejercicio de tal facultad, el recato y prudencia necesaria que garantice que la voluntad de sus respectivos colectivos se exprese en forma diáfana, evitando con ello la tentación de convertirse en instrumentos confiscatorios de la expresión o voluntad popular, en consecuencia, los candidatos deben ser seleccionados de conformidad con el proceso eleccionario interno instaurado en el que participen sus integrantes". En el caso concreto, en el cual el reglamento impugnado disponía elecciones en un sistema de segundo hasta cuarto grado de elección, la Sala constató:

Ahora bien, cabe destacar que el artículo 67 constitucional, invocado como violado por los recurrentes, no ha limitado a un esquema único eleccionario la escogencia de los candidatos que serán postulados por las asociaciones con fines políticos para los cargos de elección popular, sólo ha establecido que tales organizaciones incorporen en su normativa mecanismos de consulta democráticos que aseguren la participación de todos sus integrantes en dicha selección, por ello considera esta Sala que la exigencia prevista en el referido precepto constitucional ha sido cumplida por el Reglamento impugnado, pues estableció, como se señaló anteriormente, un sistema de elección para los precandidatos en el Movimiento al Socialismo MAS que garantiza la participación de sus integrantes[70].

---

69 *Gaceta Oficial* n.º 37.573 del 19 de noviembre de 2002.

70 Véase *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, pp. 333 y ss.

C. *Las comunidades laborales privadas: las organizaciones sindicales (sindicatos)*

Entre las corporaciones de derecho privado están también las comunidades laborales privadas, es decir, los sindicatos[71], producto del ejercicio del derecho de los trabajadores a la sindicalización garantizado en el artículo 95 C., para la mejor defensa de sus derechos e intereses; garantizando la Constitución, que tales organizaciones sindicales "no están sujetas a intervención, suspensión o disolución administrativa". La Constitución agrega, además, que para el ejercicio de la democracia sindical los estatutos y reglamentos de las organizaciones sindicales deben establecer la alternabilidad de los integrantes de las directivas y representantes mediante el sufragio universal, directo y secreto[72].

Conforme a la Ley Orgánica del Trabajo de 1997[73], "los sindicatos tendrán por objeto el estudio, defensa, desarrollo y protección de los intereses profesionales o generales de los trabajadores y de la producción, según se trate de sindicatos de trabajadores o de patronos, y el mejoramiento social, económico y moral y la defensa de los derechos individuales de sus asociados" (art. 407); y "para su constitución y funcionamiento", dice el artículo 403, no estarán sometidas a otros requisitos que los establecidos en la propia Ley Orgánica del Trabajo, "a objeto de asegurar la mejor realización de sus funciones propias y garantizar los derechos de sus miembros".

Los sindicatos deben registrarse ante la inspectoría del trabajo de la jurisdicción (art. 420), a cuyo efecto deben formular una solicitud acompañada de copia del acta constitutiva, los estatutos y la nómina de miembros fundadores (art. 421). La personalidad jurídica de los sindicatos se obtiene con la inscripción de un sindicato ante la inspectoría del trabajo (art. 429). En cambio, conforme se regulaba en la anterior Ley del Trabajo de 1936 con sus reformas hasta 1990, los sindicatos en principio eran asociaciones sin personalidad jurídica, cuyos fines podían realizarse con la inscripción de los documentos de su constitución, en el Libro de Registro de Sindicatos que llevaba el Ministerio del Trabajo. Conforme al artículo 186 de dicha Ley del Trabajo, este registro investía "a la respectiva organización sindical de la situación jurídica que requiere la Ley del Trabajo para actuar como tal organización sindical del trabajo"; sin embargo, agregaba dicha norma que ello era "sin perjuicio de que puede obtener personalidad jurídica de acuerdo con las disposiciones pertinentes del Código Civil", que no eran otras que las que regulan las sociedades civiles. Por lo tanto, si los sindicatos decidían obtener la personalidad jurídica, lo debían hacer como sociedades civiles conforme a lo establecido en el Código Civil. Con la reforma de la ley a partir de 1990, en cambio, la personalidad jurídica de los sindicatos deriva de la sola inscripción ante la inspectoría del trabajo.

Ahora bien, a pesar de tratarse de comunidades laborales privadas, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al declarar sin lugar la impugnación del denominado "Referendo sindical" realizado en 2000, les negó a los sindicatos el carácter de "aso-

---

71 La Sala Electoral del Tribunal Supremo en sentencia 29 del 19 de febrero de 2002, caso Gustavo Pérez y otros *vs.* Consejo Nacional Electoral, calificó a los sindicatos como "entes de naturaleza asociativa privada", *Revista de Derecho Público*, n.º 89 a 92 Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, p. 164.

72 Sobre esta libertad sindical, véase Ley Aprobatoria del Convenio relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, *Gaceta Oficial* n.º 3.011 del 3 de septiembre de 1982; Ley Aprobatoria del Convenio relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, *Gaceta Oficial* n.º 28.709 del 22 de agosto de 1968; Ley Aprobatoria del Convenio sobre las Organizaciones de Trabajadores Rurales y su función en el desarrollo económico y social, *Gaceta Oficial* n.º 32.740 del 3 de junio de 1983.

73 Véase en *Gaceta Oficial* Extra. n.º 5.152 del 19 de junio de 1997. Esta fue una reforma parcial de la Ley de 1990, *Gaceta Oficial* n.º 4220 Extra. de 20 de diciembre de 1990.

ciaciones de carácter privado", considerándolos en cambio como "personas jurídicas de derecho social, que persiguen fines de alto interés público, lo que explica su regulación y funcionamiento prevista en el capítulo II de la Ley Orgánica del Trabajo, y lo que da a dicha regulación carácter protector y, por tanto, imperativo"[74]. En otra sentencia, la 46 del 11 de marzo de 2002, de la Sala Electoral, sin embargo, sí se reconocería a las organizaciones sindicales como "personas jurídicas privadas [que] tienen además un carácter social…de interés público y de relevancia constitucional", señalando:

> [L]os sindicatos revisten una naturaleza compleja, pues en cuanto asociación privada representan y defienden el interés de todos y cada uno de sus afiliados, y en cuanto institución de carácter social poseen una esencia cuasi-pública, ya que tales organizaciones representan el interés general de un amplio sector de la población -los trabajadores-, siendo, justamente, ésta última, la función que reviste especial trascendencia en el ámbito público y político, y que justifica la supervisión del Estado[75].

Por otra parte, dado el carácter de personas jurídicas de derecho privado y a pesar de las tareas sociales que tienen encomendadas, los sindicatos, por supuesto, no son personas jurídicas estatales. Así lo ha precisado, además, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia 168 del 20 de diciembre de 2000 (caso Sindicato Único de Trabajadores de la Salud de Instituciones Públicas y Privadas y de la Seguridad Social del Estado Carabobo), con motivo de conocer de la impugnación de un reglamento electoral nacional de la Confederación de Trabajadores de Venezuela, al desechar el argumento de que para dicha impugnación debía agotarse la vía administrativa, señalando:

> [E]n principio, los sindicatos son instituciones sociales espontáneas, asociaciones constituidas por los propios interesados para la defensa de sus intereses profesionales y económicos dentro de las relaciones laborales que, si bien no se oponen al Estado, son, por lo menos, independientes de él. Tanto es así, que el artículo 95 constitucional, al consagrar el derecho a la sindicación señala expresamente: "Estas organizaciones no están sujetas a intervención, suspensión o disolución administrativa".

La referida independencia de las instituciones del derecho del trabajo, en este caso los sindicatos, nos lleva a concluir que los mismos no pertenecen a la organización estatal, aun cuando en determinadas circunstancias pudieran estar relacionados con sus órganos para la mediación o resolución de sus conflictos, bien sea en sede administrativa o jurisdiccional, y, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, para la organización de sus elecciones (artículo 293, numeral 6, constitucional).

Ahora bien, a pesar de que pudieran existir normas legales y reglamentarias que establecieran una rigurosa regulación estatal, el hecho de que la Administración mantenga una cercana intervención de estas materias, o inclusive, que los sindicatos ejercieran una particular influencia en la conducción de la Administración, no permite deducir que estos sean agregados de la Administración, que gocen de los privilegios propios de ésta, tal como el agotamiento de la vía administrativa, esto es, la prerrogativa prevista en los artículos 92 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y, específicamente en materia electoral, en el artículo 225 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, la cual sirve a la Administración para revisar sus propias decisiones, y además decantar las pretensiones que se intentaran ante los tribunales, dado que su omisión constituye una causal de inadmisibilidad, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 237, parágrafo único, y 241 *eiusdem*[76].

74 Véase *Revista de Derecho Público,* n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 159.

75 Véase *Revista de Derecho Público,* n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 156.

76 Véase *Revista de Derecho Público,* n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 132

De lo anterior, concluyó la Sala que el sindicato es un ente jurídico que "aun cuando persiga fines colectivos, no encuadra dentro de la estructura de la organización administrativa venezolana"[77].

Por último, debe mencionase que por el carácter y función de los sindicatos, también en relación con los mismos, la Constitución dispuso que las elecciones de sus cuerpos directivos las debe organizar el poder electoral (Consejo Nacional Electoral) (art. 293.6), sobre lo cual la Sala Electoral del Tribunal Supremo ha señalado en sentencia 46 de 11 de marzo de 2002, para además, justificar el contencioso electoral:

[Es] justamente, en el plano de la actividad cuasi-pública de los sindicatos que […] se justifica la supervisión del Estado para garantizar la democratización de dichas organizaciones a través de la transparencia y celeridad de los procesos electorales y la escogencia de las autoridades legítimas que están llamadas a representar los intereses y derechos de los afiliados en las negociaciones y conflictos colectivos de trabajo; en los procedimientos de conciliación y arbitraje; en la promoción, negociación, celebración, revisión y modificación de convenciones colectivas de trabajo; y en todo cuanto sea necesario a objeto de resguardar el patrimonio y los intereses de la organización sindical[78].

En particular sobre el contencioso electoral del cual conoce la sala electoral, esta ha señalado además, en sentencia del 13 de agosto de 2001, que es a través del "Sistema Contencioso Social Electoral que se han de canalizar las acciones o pretensiones de orden electoral que puedan presentar los ciudadanos, y que se deriven de su participación en las distintas organizaciones sociales previstas en nuestro ordenamiento legal, bien sean éstas sindicatos, gremios profesionales, asociaciones civiles de recreación o cualquier otra de la sociedad civil"[79].

2. *Las asociaciones de derecho privado*

Las asociaciones son personas jurídicas que se crean en virtud de un acuerdo de voluntades o de un contrato de sociedad entre diversos sujetos de derecho, mediante aportes patrimoniales o de trabajo. Este acuerdo de voluntades es el resultado, ante todo, del ejercicio del derecho constitucional de asociación con fines lícitos que regula el artículo 52 C., y que el Estado está obligado a facilitar en cuanto a su ejercicio, el cual normalmente se documenta en un acta constitutiva que debe siempre expresar el nombre, el domicilio y objeto de la asociación, y la forma en que será administrada y dirigida (art. 19 CC). Dicha acta constitutiva, en principio, conforme al artículo 19 C.C., debe registrarse en la oficina subalterna de registro del distrito donde haya sido creada la asociación, adquiriendo la entidad la personalidad jurídica con dicha protocolización.

Sin embargo, no todas las asociaciones se crean con la protocolización del acta constitutiva en la oficina subalterna de registro, pues hay otras sociedades, como las mercantiles, que se rigen por el Código de Comercio, en el cual se dispone la protocolización de los documentos en el registro mercantil.

En consecuencia, entre las asociaciones pueden distinguirse las sociedades civiles, las sociedades mercantiles y otras asociaciones reguladas por leyes especiales, como las asociaciones cooperativas.

---

77 Ídem.

78 Véase *Revista de Derecho Público,* n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 148 a 149.

79 Sentencia citada en la sentencia 46 del 11 de marzo de 2002, un extracto de la cual se publicó *Revista de Derecho Público,* n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 155 y ss.

A. *Las sociedades civiles*

Las sociedades civiles son producto del contrato de sociedad que regula el Código Civil, cuyo artículo 1649 lo define como "aquél por el cual dos o más personas convienen en contribuir, cada uno con la propiedad o el uso de las cosas, o con su propia industria, a la realización de un fin económico común".

Éstas, sin embargo, pueden ser constituidas sin fines de lucro cuando los asociados dispongan en los estatutos que los beneficios de la sociedad no sean distribuidos entre ellos, y se destinen a incrementar el activo o patrimonio social; pudiendo incluso disponerse que, en caso de liquidación, el activo social no se reparta entre los socios sino que se prevea su destino a otra institución[80].

De acuerdo al artículo 1651 C.C., las sociedades civiles adquieren personalidad jurídica y tienen efecto contra terceros desde que se protocoliza el respectivo contrato en la oficina subalterna de registro de su domicilio, y su régimen jurídico en general es el establecido en el Código Civil.

Algunas sociedades civiles, además, sin dejar de ser tales, fueron objeto de regulación especial, como fue el caso de las asociaciones de vecinos reguladas por la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989[81], como reconocimiento a los movimientos sociales urbanos que se habían desarrollado desde hacía años para abrir un canal institucional de participación de la comunidad en la gestión de los asuntos locales. Se trató del reconocimiento legal de la existencia de estas sociedades que solo podían constituirse por los habitantes que integraban una determinada vecindad, para lo cual el artículo 172 de la Ley Orgánica disponía que para adquirir personalidad jurídica dichas asociaciones debían "inscribir su acta constitutiva y estatutos en la correspondiente Oficina Subalterna de Registro"; y sólo para fines informativos era que los concejos municipales correspondientes debían mantener un "archivo actualizado de las asociaciones legalmente constituidas en su jurisdicción".

Las asociaciones de vecinos, incluso, fueron objeto de una regulación detallada en el Reglamento Parcial 1 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, sobre la Participación de la Comunidad de 1990[82], con el propósito y objeto fundamental de defender los intereses colectivos, a cuyo efecto se estableció que debían colaborar con los organismos públicos en la gestión de los asuntos comunitarios en su ámbito espacial, utilizando los canales de participación ciudadana que les permitan actuar en nombre de la comunidad (art. 5.º del reglamento). Las asociaciones se debían constituir entonces, si era en áreas urbanas, por al menos 50 vecinos residentes de la zona urbana que integran una comunidad (barrio, vecindad, urbanización) con lazos y vínculos permanentes, un ámbito espacial que debe determinar la oficina que tenga a su cargo la planificación urbana. En áreas no urbanas, el número de vecinos para constituir la asociación debía ser de 20. En el reglamento se establecieron, además, diversos requisitos de publicidad e información pública para la constitución de las asociaciones, así como el derecho de todo vecino residente en el ámbito

---

80 Véase, en general, A. y M. ITRIAGO, *Las asociaciones civiles en el derecho venezolano*, Caracas, 1998.

81 *Gaceta Oficial* n.º 4409 Extra. del 15 de junio de 89. La Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2005, *Gaceta Oficial* n.º 38.204 del 8 de junio de 2005, no sólo incomprensiblemente omitió toda referencia a las asociaciones de vecinos, sino que derogó expresamente el Reglamento parcial n.º 1.º que las regulaba.

82 Decreto n.º 1297 del 22 de noviembre de 1990, *Gaceta Oficial* n.º 34.609 del 5 de diciembre de 1990. Sobre estas asociaciones de vecinos, cfr. CARLOS AYALA C. "La participación ciudadana en el nuevo régimen municipal" en ALLAN R. BREWER-CARÍAS et ál., *Ley Orgánica de Régimen Municipal 1989,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1994, pp. 219 y ss.

espacial respectivo a ser inscrito como miembro (art. 10.º Reglamento); y una norma destinada a los registradores subalternos para que antes de la protocolización del documento constitutivo verificasen el cumplimiento por parte de los promotores, de "las normas legales y reglamentarias" sobre dichas asociaciones (art. 14 Reglamento) (*Cuarta parte, § 14*).

Entre sus múltiples competencias estaba la de tener la iniciativa legislativa para presentar ante los concejos municipales proyectos de ordenanzas (art. 174 Ley Orgánica), así como la de tener la legitimidad activa necesaria para actuar ante los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa en defensa de los intereses colectivos de su comunidad[83]. Ello fue, además, admitido desde hace años por la jurisprudencia, con base en considerar a los intereses colectivos como intereses "personales", directos y legítimos de una comunidad[84].

Las asociaciones de vecinos, además, podrían ser "las comunidades y grupos vecinales organizados" a que se refiere el artículo 184 C., como receptores de trasferencias de servicios públicos por parte de los estados y municipios, o de las "asociaciones vecinales y organizaciones no gubernamentales" como instrumentos para la participación de las comunidades en los asuntos locales.

La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004[85], por su parte, ha establecido el derecho de los consumidores y usuarios a constituirse en organizaciones o asociaciones, que ostenten la representación de sus asociados y puedan servir de instrumento para el ejercicio de sus derechos e intereses individuales y colectivos, siempre de conformidad con lo previsto en la propia Ley (art. 73). Conforme al artículo 74 ídem, se entiende por asociación de consumidores y usuarios:

> [T]oda organización constituida por un mínimo de veinticinco personas naturales, y tendrá como finalidad la defensa de los intereses, incluyendo la información y educación de los consumidores y usuarios, bien sea con carácter general, bien en relación con productos o servicios determinados; podrán ser declaradas de utilidad pública, integrarse en agrupaciones y federaciones con idénticos fines, percibir ayudas y subvenciones, representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios".

Dichas asociaciones están sujetas a las normas del Código Civil pertinentes en cuanto a registro y suministro de información contable referente al uso de los fondos públicos, donaciones privadas, cotizaciones u otros ingresos que les fuesen asignados (art. 78).

Ahora bien, las sociedades civiles, como lo indica su propio nombre, cuando han sido constituidas por personas naturales o jurídicas particulares, forman parte esencial de la sociedad civil, es decir, del ámbito de las entidades no estatales, que caen fuera del control del Estado y se rigen en su funcionamiento por sus propios estatutos, lo que no excluye que puedan tener participación en la gestión de asuntos públicos. En tal sentido, por ejemplo, la Constitución de 1999 ha reconocido la existencia de la sociedad civil al regular la participación de representantes de los diversos sectores de la misma en la gestión de determinados asuntos públicos, como por ejemplo en la conformación de los comités de postulacio-

---

83 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Ley Orgánica el Tribunal Supremo de Justicia*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 182 y ss.

84 Véase ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Instituciones Políticas y Constitucionales,* t. VII, "Justicia Contencioso Administrativa", San Cristóbal y Caracas, Universidad Católica del Táchira y Edit. Jurídica Venezolana, 1997, pp. 78 y ss.

85 *Gaceta Oficial* n.º 37.930 del 4 de mayo de 2004.

nes para la designación de los titulares de los órganos del poder ciudadano, del poder electoral y de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (arts. 270, 279 y 295). Lamentablemente, sin embargo, dicha participación ha sido distorsionada, al constituir las diversas leyes, unas comisiones parlamentarias ampliadas, con lo que se ha desfigurado el sentido de la norma. Contrario, incluso, con la definición que la Sala Constitucional del Supremo Tribunal en sentencia de fecha 30 de junio de 2000 dio sobre la sociedad civil como conformada por "asociaciones, grupos e instituciones venezolanas (sin subsidio externo) que por su objeto, permanencia, número de miembros o afiliados y actividad continua, han venido trabajando desde diversos ángulos de esa sociedad, para lograr para ésta una mejor calidad de vida, desligadas del gobierno y de los partidos políticos"[86].

Pero a pesar de todo el nominalismo constitucional participativo, la propia Constitución ha establecido una limitación a la autonomía de la sociedad civil, al abrir la posibilidad de que el Estado, a través de los órganos del poder electoral, pueda intervenir en las elecciones para la designación de los directivos de determinadas sociedades civiles. En efecto, el artículo 293 C. asigna al poder electoral, entre otras, la función de:

> B. *Organizar las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos en los términos que señale la ley. Así mismo, podrán organizar procesos electorales de otras organizaciones de la sociedad civil a solicitud de éstas, o por orden de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia. Las corporaciones, entidades y organizaciones aquí referidas cubrirán los costos de sus procesos eleccionarios*

Precisamente con base en esta disposición constitucional, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia ha decidido numerosos casos en los cuales ha intervenido en el funcionamiento interno de diversas asociaciones civiles, en general, sin fines de lucro.

Ha sucedido respecto de las asociaciones de vecinos, conforme a la sentencia 61 del 29 de mayo de 2001 (caso Asociación de Residentes de la Urbanización La Trinidad), que la Sala Constitucional consideró que se trataba de organizaciones "que el mismo texto constitucional alude implícitamente como 'sociedad civil', pudiendo solicitar al Consejo Nacional Electoral su intervención para organizar sus elecciones"[87].

También ha sucedido respecto de los clubes sociales o asociaciones recreativas, como se ha resuelto en sentencia de 1.º de noviembre de 2000, (*caso* Asociación Civil Club Campestre Paracotos), en la cual la Sala, al conocer de una acción de amparo constitucional ejercida contra el reglamento electoral dictado por la Comisión Electoral de dicho club, consideró que el mismo era una sociedad

[C]omprendida entre aquellas organizaciones que el mismo texto constitucional refiere de la "sociedad civil" y que como entes de carácter estatutario, constituidos libremente por sus miembros, pueden darse su organización, normativa y gobierno, con las garantías constitucionales debidas que permitan su participación directa en las decisiones que le interesan a todos sus integrantes y entre ellas, la escogencia de sus autoridades a través de sistemas democráticos de participación, pudiendo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 293.6 C. de la República Bolivariana de Venezuela, solicitar al Consejo Nacional Electoral su intervención para organizar sus elecciones[88].

---

86 Véase la cita en la sentencia 90 del 26 de julio de 2000, caso Caja de Ahorros y Previsión Social de los Trabajadores de la Universidad Central de Venezuela, *Revista de Derecho Públi*co, n.º 83, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 446.

87 Exp. 000064 (consultada en original).

88 Exp. 0115 (consultada en original).

En cuanto a otras asociaciones civiles económicas, es decir, de las de empresas y empresarios de carácter industrial o comercial, constituidas como "cámaras", la Sala Electoral del Tribunal Supremo, en sentencia 18 del 15 de febrero de 2001 (caso Cámara de Comercios e Industrias del Estado Aragua), consideró que la Asociación Civil "Cámara de Comercios e Industrias del Estado Aragua" en virtud de sus objetivos de "impulsar el desarrollo económico y el progreso social de la región propiciando el esfuerzo conjunto de los sectores que la integran", así como "la defensa y el fortalecimiento de la libre iniciativa y la libertad de empresa", constituye un mecanismo de participación indirecta -en lo económico y social- de un sector de la ciudadanía (comerciantes e industriales) en la vida societaria nacional, por lo que "aun teniendo la referida Asociación Civil una naturaleza jurídica de derecho privado, sus fines trascienden al mero interés particular". Por ello, la Sala consideró que era "procedente incluirla como una de las organizaciones de la "sociedad civil" enunciadas implícitamente en el artículo 293.6 C., a los fines contenidos en dicha norma", razón por la cual declaró su competencia para conocer de la impugnación de los actos electorales dictados por dicha Cámara "independientemente de la naturaleza del ente del cual emanan los mismos"[89].

Pero en otros casos más emblemáticos, la Sala Electoral ha admitido la intervención obligatoria del Consejo Nacional Electoral en los procesos eleccionarios de asociaciones civiles como las de profesores universitarios, tal y como sucedió con la de la Universidad Central de Venezuela, dándole el mismo tratamiento que a los colegios profesionales, que en cambio son los gremios profesionales creados por ley al establecerse la colegiación obligatoria para el ejercicio de una profesión liberal. En efecto, en sentencia 51 del 19 de mayo de 2000, la Sala interpretó lo que la Constitución quiso identificar al referirse a los "gremios profesionales" en la norma constitucional del artículo 293.6, a los efectos de "dilucidar si efectivamente la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela, debió ser considerada como gremio profesional y en consecuencia ser objeto de regulación por dichas disposiciones"[90].

Para ello, la Sala partió de la consideración de que si bien no existe en nuestro ordenamiento jurídico una definición predeterminada de gremios profesionales, consideró que cuando nuestra legislación ha empleado tal expresión, lo ha hecho atendiendo a la definición de Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, como "un conjunto de personas que desempeñan un mismo oficio o profesión, y que se aúnan para defender sus intereses comunes y lograr mejoras también de carácter común". La Sala concluyó, después de hacer referencia al sentido medieval del término, que los gremios fueron y son aun "instituciones constituidas por el acuerdo autónomo, libre de los individuos que tienen el mismo oficio o que ejercen idéntica profesión, que no pueden ser vistas en un solo orden, pues su contenido, constitución, organización, atribuciones y características varían, en atención al ordenamiento jurídico de cada país y a la voluntad autónoma de sus asociados que deciden constituirlo".

La Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela, recurrente en ese caso, había argumentado que la expresión "gremio profesional" utilizada en la Constitución sólo identificaba a los colegios profesionales, ante lo cual la Sala señaló:

Si bien los hoy conocidos colegios profesionales, revisten el carácter gremial, ellos no resultan su única expresión, dado que también puede comprender otras asociaciones que

---

89 Exp. 000017 (consultada en original). Esta jurisprudencia fue ratificada por la misma Sala, según sentencia 162, Exp. 2002-000077 del 17 de octubre de 2002, caso Cámara de Comercio e Industrias del Estado Bolívar (consultada en original).

90 Véase *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 132 y ss.

sin ser creadas por disposición expresa de la ley, como es el caso de los colegios profesionales, lo son aun cuando hayan sido creadas bajo formas del derecho civil, que cumplen el mismo fin. Lo fundamental para que determinadas asociaciones se les reconozca el carácter gremial, no es su forma de constitución, pues no hay una sola, sino los fines de la asociación, los cuales deben abarcar a todos sus integrantes vinculados entre sí por la misma profesión u oficio.

Considera necesario esta Sala destacar que resulta incorrecto establecer una sinonimia entre los términos "gremios profesionales" y "colegios profesionales". Debe entenderse que el primero está signado por su condición de género y, el segundo constituye una especie de aquél, es decir, el concepto de gremio profesional no se agota en el de colegios profesionales, antes bien, éste sólo abarca una parcela de aquél. Por tal razón, cuando los textos normativos aluden a la noción de gremios profesionales no debe considerarse que está regulando únicamente a los colegios profesionales, debe entenderse al vocablo gremio en su sentido lato. Así lo evidencia el propio texto Constitucional al referirse a una modalidad específica de los gremios profesionales en su artículo 105 al señalar: "La ley determinará las profesiones que requieren título y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas, incluyendo la colegiación".

En virtud de lo anterior, la Sala concluyó señalando que cuando la Constitución en su artículo 293.6 se refiere a la competencia del poder electoral para organizar las elecciones, entre otros de los "gremios profesionales", está "haciendo alusión no exclusivamente a los colegios profesionales, sino además a aquel conjunto de personas que en su condición de profesionales, se aúnan para defender sus intereses comunes y lograr mejoras también de carácter común, independientemente de que su conformación no sea por disposición expresa de la ley, sino por acuerdo común de sus integrantes, bajo una forma de derecho privado". Dentro de ellas, la Sala Electoral precisamente incluyó a las asociaciones que se establecen en el seno de las universidades, conformadas por los profesionales en diversas disciplinas o áreas del conocimiento que integran la institución en su condición de docentes, en la que no participan personas que no tengan tal carácter. En el caso de la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela, la Sala señaló que aun cuando fue:

> [C]onstituida bajo la forma jurídica de una asociación civil sin fines de lucro, conforme al derecho civil, su objetivo ha sido orientado por el respeto de sus integrantes en el ámbito universitario, como dependientes directos de esa Casa de Estudios, bajo una misma condición: *profesor*, y que de acuerdo a su Acta Constitutiva y sus estatutos cumple un papel fundamental de interés común a sus asociados, como lo es la lucha por la dignidad, el bienestar, la protección social, la estabilidad y el escalafón de todo el profesorado universitario, es decir, la obtención de beneficios específicos en el ámbito laboral"[91]

De allí que la sala haya considerado que dicha Asociación desempeñaba actividades de carácter gremial, constituyendo por tanto un gremio profesional, razón por la cual "por disposición constitucional le compete al Consejo Nacional Electoral, organizar" sus procesos comiciales para las elecciones de sus autoridades directivas. En definitiva, la Sala Electoral concluyó señalando que "la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela (APUCV) es un gremio profesional, que, sin perder su condición de asociación civil sin fines de lucro, se encuentra sometida, cuando realiza procesos eleccionarios, a la normativa dictada por el poder electoral".

---

91 Ídem.

Por último, dentro de las sociedades civiles, debe hacerse mención particular a las asociaciones cooperativas reguladas en la Ley Especial Asociaciones Cooperativas de 2001[92], como "asociaciones abiertas y flexibles, de hecho y derecho cooperativo, de la economía social y participativa, autónomas, de personas que se unen mediante un proceso y acuerdo voluntario, para hacer frente a sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales comunes, para generar bienestar integral, colectivo y personal, por medio de procesos y empresas de propiedad colectiva, gestionadas y controladas democráticamente" (art. 2.º).

Estas empresas "se originan en un acuerdo libre e igualitario de personas que deciden constituir y mantener una empresa asociativa de derecho cooperativo" (art. 6.º), adquiriendo personalidad jurídica mediante la protocolización del documento constitutivo y estatutos en la oficina subalterna de registro del domicilio de la cooperativa (arts. 10.º y 11). Una vez constituida la cooperativa, se debe enviar a la Superintendencia Nacional de Cooperativas copia del documento constitutivo y estatutos a los efectos de control (art. 11). En la anterior Ley General de Asociaciones Cooperativas de 1975[93], sin embargo, se establecía un régimen diferente y particular para la adquisición de personalidad jurídica por parte de estas asociaciones, ahora eliminado, pues se disponía que el acta constitutiva debía "ser autenticada por ante un Juzgado, Notaría Pública o Registro Público de la localidad" (art. 13), para luego de esta autenticación, solicitarse a la Superintendencia Nacional de Cooperativas una autorización para el funcionamiento de la asociación (arts. 14 y 15), mediante la emisión de un acto administrativo formal (resolución de autorización) en el cual se ordenaba insertar en un Registro General de Cooperativas los datos de la respectiva asociación (art. 15).

Este registro, sin embargo, conforme al Artículo 16 de la ley "no surtía efectos respecto de terceros hasta tanto no aparecieran publicadas en la *Gaceta Oficial*" la resolución y copia del extracto de las disposiciones fundamentales del acta constitutiva. En esta forma, en la legislación anterior las asociaciones cooperativas no adquirían personalidad como las sociedades civiles (protocolización del acta en la Oficina de Registro Público), y como ahora se regula en la Ley Especial de 2001, sino mediante la publicación en *Gaceta Oficial* de un extracto del acta constitutiva que se hubiese registrado en el Registro Nacional de Cooperativas del Ministerio de Fomento, una vez que se hubiere autenticado ante cualquier autoridad con facultades para dar fe pública documental.

En cuanto a estas asociaciones cooperativas, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia también se ha pronunciado respecto de las cajas de ahorro, como formando parte de la sociedad civil, como asociaciones civiles sin fines de lucro, que pueden quedar sometidas al control del poder electoral en materia de elección de sus directivos. En efecto, en sentencia 90 del 26 de julio de 2000 (caso Caja de Ahorros y Previsión Social de los Trabajadores de la UCV), la Sala señaló que:

> [L]as Cajas de Ahorro, aun cuando tienen una forma jurídica propia del derecho privado (asociación civil prevista por el artículo 19.3 C.C.), están sometidas a una serie de regulaciones legales previstas en la Ley General de Asociaciones Cooperativas y su Reglamento, aplicables en virtud de lo dispuesto en el artículo 69, aparte único, de la Ley General de Asociaciones Cooperativas[…] [y] aun cuando no resultan totalmente equiparables a las asociaciones cooperativas, forman parte de esa categoría de personas jurídicas enmarcadas por alguna tendencia doctrinaria en el llamado 'derecho

92 Decreto Ley n.º 1440 del 30 de agosto de 2001, *Gaceta Oficial* n.º 37285 del 18 de septiembre de 2001.

93 *Gaceta Oficial* n.º 17.509 Extra. del 27 de mayo de 1975.

> cooperativo', en el cual principios fundamentales del derecho público juegan un rol relevante, en virtud de la finalidad de interés general que radica en la organización de grupos de ciudadanos para el logro de metas que van más allá del simple beneficio económico y propenden al beneficio de la colectividad[94].

La Sala analizó la regulación de las entidades cooperativas y cajas de ahorro en la Constitución, y de la interpretación armónica de los dispositivos de la Carta Magna dedujo los siguientes principios que presiden la concepción, funcionamiento y organización de este tipo de entes:

1) Las cooperativas y Cajas de Ahorro son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía en el aspecto socioeconómico (artículo 70), así como mecanismos de fortalecimiento del desarrollo socioeconómico nacional (artículo 308).
2) El Estado reconoce, promueve y protege el derecho de los trabajadores y de la comunidad para desarrollar acciones de carácter social y participativo, tales como las cooperativas y cajas de ahorro, debiendo la ley reconocer las especificidades de estos entes, en especial las relativas al acto cooperativo, a los fines de lograr el mejoramiento de la economía popular y alternativa (artículo 118)[95].

De ello, la Sala resolvió que las cajas de ahorros aparecen enmarcadas en la noción de organizaciones pertenecientes a la sociedad civil, en virtud de que cumplen un papel de intermediación entre los ciudadanos (sus miembros) y los órganos del poder público en los asuntos públicos en lo que respecta a la materia socioeconómica. En virtud de su participación en los ámbitos social y económico, la Sala determinó, además, que "ciertos aspectos en el funcionamiento de tales entes pueden estar sujetos al control de la jurisdicción contencioso electoral", como:

> [S]ería el caso de que los propios representantes de la Caja de Ahorros, como organización de la sociedad civil, soliciten a los órganos del poder electoral apoyo en la organización de los procesos electorales para la escogencia de sus directivos, o bien que esta Sala, ante el ejercicio de un mecanismo procesal idóneo que evidencie (o constituya presunción grave de) la existencia de notables irregularidades en dichos procesos electorales que resulten de tal magnitud y trascendencia que excedan de la esfera jurídica privada, ordene a dichos órganos electorales intervenir en la realización de tales comicios (artículo 293.6 C.).

En conclusión, la Sala estableció que las Cajas de Ahorro, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 293.6, del texto constitucional,

> [S]on organizaciones de la sociedad civil, pero además persiguen fines que trascienden el interés individual de cada uno de sus miembros, por cuanto aparecen concebidas constitucionalmente como instrumentos de participación ciudadana en lo económico y en lo social, razón por la cual los actos sustancialmente electorales de sus órganos, que resultan de la vigencia en su seno del principio de "control democrático", son susceptibles de ser impugnados mediante los recursos contencioso electorales, pero igualmente pueden ser accionados por los interesados acudiendo a la vía de la acción de amparo autónomo, conforme a lo estatuido en los

---

94 Exp. 0082. Véase *Revista de Derecho Público*, n.º 83, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 444.

95 Ídem.

artículos 27 y 297 de la Constitución, en concordancia con el artículo 2.º de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales[96].

C. *Las sociedades mercantiles*

El artículo 1651 C.C. establece que, si las sociedades revisten una de las formas establecidas para las sociedades mercantiles, entonces adquieren personalidad jurídica y tendrán efecto contra terceros, cumpliendo las formalidades exigidas por el Código de Comercio, el cual regula cuatro tipos básicos de sociedades mercantiles: las sociedades anónimas, las sociedades en nombre colectivo, las sociedades en comandita (simple o por acciones) y las sociedades de responsabilidad limitada.

En todos esos casos, el contrato de sociedad entre los socios debe otorgarse por documento público o privado (art. 211 C. Co.) y debe registrarse en el Registro que debe llevar o el tribunal mercantil respectivo o, si ha sido creado en la jurisdicción, el registro mercantil correspondiente, inscripción que luego debe publicarse en una publicación periódica (art. 212 C. Co.). El Código de Comercio, además, regula con detalle el contenido de las actas constitutivas y estatutos de las diversas formas de sociedades (arts. 213 a 215 C. Co.).

Muchas sociedades mercantiles, sin embargo, están sometidas a regulaciones y controles diversos, según la actividad económica que realicen. En tal sentido se destacan, por ejemplo, las sociedades bancarias y financieras y las sociedades de seguros, reguladas en la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras[97] y en la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros[98], en las cuales se regulan en detalle diversas condiciones para la constitución de las empresas, entre ellas, la autorización de las Superintendencia de Bancos y de la Superintendencia de Seguros, respectivamente, así como los mecanismos de control que estas instituciones ejercen respecto de las mismas.

3. *Las instituciones de derecho privado (base patrimonial): las fundaciones*

Por último, dentro de la enumeración de las personas jurídicas de derecho privado que establece el artículo 19 C.C., se destacan las fundaciones, las universalidades de bienes dotadas de personalidad jurídica, es decir, los patrimonios destinados a un fin de utilidad general, y por tal razón protegido por el ordenamiento jurídico mediante la concesión de la personalidad jurídica.

Estas personas jurídicas están reguladas, como sujetos capaces de obligaciones y derechos en el artículo 19.3 C.C. ("fundaciones lícitas de carácter privado"), con la precisión de que adquieren la personalidad, con la protocolización de su acta constitutiva en la oficina subalterna de registro del departamento o distrito en que hayan sido creadas, donde se archivará un ejemplar auténtico de sus estatutos.

Se trata, por tanto, de personas jurídicas de derecho privado, o en la terminología del Código Civil, "de carácter privado", pero que sólo pueden crearse con un objeto de utilidad general: artístico, científico, literario, benéfico o social (art. 20 C.C.).

---

96 Ídem. Véase, además, de la misma Sala Electoral sentencia 149 del 24 de septiembre de 2002, caso Ángel García y otros *vs*. Superintendencia de Cajas de Ahorro, *Revista de Derecho Público*, n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, p. 226

97 Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, decreto ley n.º 1.526, *Gaceta Oficial* Extra. n.º 5.555 del 13 de noviembre de 2001

98 Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, decreto ley n.º 1.545, *Gaceta Oficial* n.º 5.561 Extra. del 28 de noviembre de 2001.

De allí el principio de que todas las fundaciones están sometidas a la supervigilancia del Estado, por intermedio de los respectivos jueces de primera instancia, ante los cuales deben rendir cuenta los administradores (art. 21 C.C.)[99].

Ahora bien, el elemento clave en la creación de una fundación es el elemento patrimonial: la fundación es un patrimonio afectado a un fin de utilidad pública dotado de personalidad, por lo cual no se concibe una fundación sin un patrimonio inicial, configurado por los aportes que los fundadores hacen al ente fundacional, y sin una organización propia, que precise la administración de ese patrimonio. Este aporte inicial se realiza, generalmente, a través de la figura de la donación, como una de las maneras de adquirir la propiedad sobre determinados bienes o derechos. Mediante ésta, el o los fundadores transfieren gratuitamente a la fundación que constituyen una cosa u otro derecho de su patrimonio (art. 1431 C.C.).

Las fundaciones privadas, por tanto, son, en principio, aquellas constituidas por particulares, es decir, aquellas cuyos fundadores han sido personas naturales o personas jurídicas de derecho privado particulares, y cuya dirección y administración se rige, como en toda fundación, por lo que dispongan sus estatutos, conservando los particulares, por supuesto, la dirección de la fundación. También se consideran fundaciones privadas, aquellas en cuya constitución, como fundadores, participen personas jurídicas estatales, siempre que sus aportes iniciales al patrimonio en bienes o cantidades sea inferior al 50% del patrimonio fundacional inicial. En efecto, al contrario, conforme al artículo 108 LOAP, las fundaciones se consideran fundaciones del Estado cuando en su acto de constitución participe la República, los estados, los distritos metropolitanos, los municipios o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere esta ley, siempre que su patrimonio inicial se realice con aportes del Estado en un porcentaje mayor al 50% (art. 108). De manera que son dos las condiciones que deben cumplirse acumulativamente para que una fundación pueda considerarse como fundación del Estado: por una parte, que en su constitución participen entes públicos y por la otra, que en el patrimonio fundacional *inicial* haya aporte del Estado mayor al 50% del mismo.

Como en toda fundación, el patrimonio de ésta es esencial a su creación, por lo que en el acto fundacional deben precisarse los aportes en bienes o derechos que hacen los fundadores, para configurar ese patrimonio. Además, como toda persona jurídica, el patrimonio inicial de la fundación puede ser incrementado, y quizás deba insistirse en esto, en el sentido de que, en las fundaciones, precisamente por su finalidad, ese patrimonio inicial *debe ser* incrementado para el cumplimiento de los fines de utilidad pública. En esta forma, el patrimonio constituido con aportes iniciales de los fundadores, posteriormente puede incrementarse con donaciones de particulares o subsidios otorgados por entes públicos. En ambos casos, si se trata de fundaciones privadas, los subsidios recibidos después de su constitución del Estado así sean de gran magnitud, no cambian la naturaleza privada de la fundación, aun cuando pueda ello dar origen a controles específicos, para vigilar la aplicación de los subsidios a los fines particulares del ente.

Como resulta de lo anterior, las fundaciones se constituyen o establecen mediante un negocio de derecho privado de carácter unilateral que es el acto de constitución o fundación, el cual puede ser adoptado tanto por personas naturales como por personas jurídicas de derecho privado o de derecho público, estatales y no estatales. Por tanto, no sólo los particulares o las sociedades civiles o mercantiles pueden erigirse en fundadores de estas entidades, sino también las personas jurídicas de derecho público y, en general, las personas estatales.

---

99 Cfr. en general, J. COLMENARES MARTÍNEZ, *Régimen legal de las personas jurídicas sin fines de lucro. Las fundaciones,* Valencia, 1995.

En cuanto a la fundación privada, por otra parte, una vez constituida la misma, desde el momento en que ésta adquiere personalidad jurídica, queda desligada de los fundadores, pues se trata de una persona jurídica nueva y distinta respecto de quien o quienes la constituyeron, con una organización propia, regida por sus estatutos y dirigida conforme ellos lo determinen.

Por tanto, a partir del momento en el cual se protocoliza el acto fundacional, la fundación comenzará a actuar a través de los órganos que se establezcan en los estatutos respectivos. Por ello el Código Civil exige que en el acta constitutiva se indique expresamente "la forma en que será administrada y dirigida" (art. 19). Por supuesto, el fundador o los fundadores podrían incorporarse al esquema organizativo de la fundación, y aun administrarla y dirigirla, lo cual podrían hacer no por ser "fundadores", sino porque así se establezca en el acto fundacional.

Ahora bien, para el derecho administrativo, las fundaciones tienen una especial importancia pues se trata de personas jurídicas que, aun cuando sean de derecho privado y puedan ser fundadas originalmente por particulares, realizan siempre funciones de utilidad general. Además, se trata de una forma jurídica frecuentemente utilizada por el Estado para la realización de sus propios fines de utilidad general. Es decir, el Estado y los diversos entes públicos que lo componen con frecuencia actúan como fundadores, constituyendo y dirigiendo fundaciones que son, como se dijo, personas jurídicas de derecho privado.

Por otra parte, el Estado también efectúa, con frecuencia, donaciones de importancia a fundaciones constituidas y dirigidas por particulares, para el desarrollo de fines de utilidad general. Este aspecto también interesa al derecho administrativo, pues se trata de subvenciones administrativas, es decir, de la realización de una típica actividad administrativa de fomento a las actividades privadas (subsidios).

En uno u otro caso estamos en presencia de personas jurídicas de derecho privado que siempre realizan una actividad de utilidad pública y que, además, el Estado o las utiliza como instrumento directo de su acción o subvenciona para fomentar actividades particulares. Por eso, diversos mecanismos se han establecido para que el propio Estado, como gestor del interés general, controle a las fundaciones. Este control, sin embargo, varía según la clase de fundación de que se trate.

Como se ha dicho, el control sobre las fundaciones está establecido en el Código Civil, en cuyo artículo 21 se establece:

> Las fundaciones quedarán sometidas a la supervigilancia del Estado, quien la ejercerá por intermedio de los respectivos Jueces de Primera Instancia, ante los cuales rendirán cuenta los administradores.

Al Estado, como gestor del interés general, le interesa que esos patrimonios destinados a esos fines coincidentes de utilidad general, cumplan su cometido. Por ello la "supervigilancia" de las fundaciones que se le atribuye.

Por supuesto, esta actividad del Estado es una típica tarea de orden administrativo, aun cuando se haya asignado la supervigilancia a los jueces de primera instancia en lo civil. Se trata, aquí, de una típica función administrativa realizada por órganos judiciales, que debe materializarse, inclusive, en actos administrativos, y no en sentencias.

Para el ejercicio de estas funciones de control del Estado sobre las fundaciones privadas, el Código Civil establece tres poderes fundamentales de estos jueces de primera instancia en lo civil:

1. Recibir la cuenta que los administradores deben rendir (art. 21 C.C.) conforme a los Estatutos de la fundación y de acuerdo al ejercicio de la actividad económica de la misma, que se establezca.

2. Organizar la administración de la fundación o suplir las deficiencias que ocurran en dicha administración, con el propósito de mantener, en lo posible, su objeto, en caso de que por ausencia, incapacidad o muerte del fundador, o si por cualquiera otra circunstancia no pudiere ser administrada la fundación de acuerdo con sus estatutos (art. 22 C.C.); y

3. Disponer la disolución de la fundación, oída la administración de la misma, y pasar sus bienes a otra fundación o institución, siempre que se haya hecho imposible o ilícito su objeto (art. 23 C.C.).

Pero las fundaciones privadas, sometidas al control antes mencionado del Estado a través de los jueces de primera instancia en lo civil, pueden recibir subvenciones del Estado y, por esa vía, estar también sometidas a controles adicionales.

En efecto, dentro de las formas de la actividad administrativa se encuentra la actividad administrativa *de fomento,* es decir, la acción del Estado de carácter no coactivo, y que sin sustituir la actividad privada, estimulándola o promoviéndola logra canalizarla hacia los fines de utilidad general que le interesan.

Dentro de las medidas de fomento y que, quizás, son las más utilizadas en nuestro país, deben destacarse las medidas económicas, y entre ellas las subvenciones, a las cuales se hace referencia, en el ordenamiento presupuestario, como subsidio.

Efectivamente, en materia de regulación presupuestaria se identifica a la subvención pública con diversas formas de aportaciones, en dinero, de carácter no reintegrable, que la República hace a personas naturales y jurídicas para la realización de sus fines[100]. Se trata de técnicas de fomento para auxiliar, ayudar, promover, favorecer o estimular actividades privadas, y que consiste en el otorgamiento de una ventaja económica a una persona jurídica que se traduce en la entrega de cantidades de dinero, de carácter no reembolsable, para su destino a una finalidad de interés general.

Ahora bien, el hecho de que una persona jurídica de derecho privado, como una fundación, reciba subsidios de la República previstos en la Ley de Presupuesto (Partida 80, Transferencias), ello no cambia, en absoluto y en forma alguna, la naturaleza jurídico privada de la fundación, aun cuando en general esto conlleva el establecimiento de ciertos mecanismos de control del cumplimiento de la finalidad a la cual se destina la subvención, que pueden ser de orden presupuestario y fiscal, consistentes básicamente en el suministro de información a los entes públicos[101], y que implican: en primer lugar, la obligación legal

---

[100] Estas subvenciones, conforme al Clasificador de Partidas del Presupuesto, p. ej., resolución n.º 25 del 28 de diciembre de 1979 de la Oficina Central de Presupuesto, en *Gaceta Oficial* n.º 2532 Extra, del 31 de diciembre de 1979, son de dos tipos: Becas (Partida 80, subpartida 820) y Subsidios Sociales y Económicos, (Partida 80, sus partidas 830 y 840). Las becas son "subvenciones acordadas" a personas naturales para seguir estudios (subpartidas 820); los subsidios sociales son "subvenciones destinadas al auxilio y estímulo de actividades de índole social realizadas por instituciones públicas o de carácter privado" (subpartida 830); y los "subsidios económicos" a empresas privadas son las "cantidades destinadas a auxiliar empresas y productores privados" (subpartida 842).

[101] En efecto, p. ej., la Ley de Presupuesto para el Ejercicio Fiscal de 1981, *Gaceta Oficial* Extra. n.º 2713 del 30 de diciembre de 1980., en su artículo 5.º estableció que "Las Instituciones de carácter privado que reciban subsidios en la presente Ley, quedan obligadas a informar semestralmente a la Contraloría General de la República y al Ministerio correspondiente, acerca del uso de las asignaciones requeridas. El incumplimiento de esta disposición acarreará la eliminación del subsidio". En la Ley de Presupuesto para 1982, *Gaceta Oficial* n.º 2893 Extra, del 23 de diciembre de 1981, se formuló este mecanismo de control en forma distinta, ya que se eliminó la obligación de informar impuesta directamente a los organismos privados subsidiados, y se la impuso a los organismos ordenadores de pago (art. 5.º). Por otra parte, como dato en la evolución legislativa, debe señalarse que la Ley de Presupuesto Anual para 1981 estableció, en su artículo 22, las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones impuestas en la ley, de la manera siguiente: "Artículo. 22. El incumplimiento de los deberes establecidos en esta ley dará lugar a que la Contraloría General de la República inicie la correspondiente averiguación a los fines de la determinación de la responsabilidad administrativa de los infractores".

impuesta a los directivos de las fundaciones privadas que reciban subsidios de la República de informar, a la Contraloría General de la República y al ministerio en cuyo presupuesto se haya previsto el subsidio, acerca del uso de las asignaciones requeridas; y en segundo lugar, la consecuencia del incumplimiento de esa obligación consistente en la eliminación del subsidio.

En cuanto a las funciones de control de la Contraloría General de la República en relación con las fundaciones privadas que reciban subsidios de los entes públicos, en todo caso, ellas se limitan a la vigilancia de los mencionados subsidios, a los efectos de que sean invertidos en las finalidades para las cuales fueron efectuados. En tal sentido, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República establece en su artículo 67:

> Los órganos de control fiscal externo están facultados, dentro de los límites de su competencia, para vigilar que los aportes, subsidios y otras transferencias hechas por las entidades sometidas a su control a otras entidades públicas o privadas sean invertidos en las finalidades para las cuales fueron efectuados. A tal efecto, podrán practicar inspecciones y establecer los sistemas de control que estimen convenientes.

Por tanto, puede decirse que las fundaciones privadas a las cuales la República o cualquier persona jurídica estatal otorguen *subsidios* están sujetas al control de la Contraloría en cuanto a la vigilancia de que los mencionados subsidios sean invertidos en las finalidades para las cuales fueron asignados. En tal sentido, el artículo 52 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República dispone que quienes administren, manejen o custodien recursos de cualquier tipo afectados al cumplimiento de finalidades de interés público, provenientes de los entes y organismos estatales, en la forma de transferencias, subsidios, aportes, contribuciones o alguna otra modalidad similar, están obligados a establecer un sistema de control interno y a rendir cuenta de las operaciones y resultados de su gestión. Los administradores que incurran en irregularidades en el manejo de estos fondos serán sometidos a las acciones resarcitorias y sanciones previstas en dicha ley. Por ello, conforme al artículo 9.º de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, están sujetos a las disposiciones de la ley y al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República, entre otras, las personas naturales o jurídicas que reciban aportes, subsidios, otras transferencias o incentivos fiscales, o que en cualquier forma intervengan en la administración, manejo o custodia de recursos públicos (ord. 12.º). En consecuencia, los "particulares" que administren fundaciones que reciban fondos del Estado, pueden ser objeto de investigaciones por la Contraloría cuando surjan indicios de que han incurrido en errores, omisiones o negligencias en la administración de los subsidios, a los efectos de su aplicación a las finalidades para las cuales se efectuaron, y dichas investigaciones pueden conducir a que se dicte un auto de responsabilidad administrativa en relación con dichos particulares.

§ 7. Las personas jurídicas estatales

La distinción entre las personas jurídicas estatales y las personas jurídicas no estatales, como se dijo, obedece al criterio de la integración o no del ente respectivo a la estructura general del Estado, es decir, a su organización administrativa descentralizada, o si se quiere, al sector público, independientemente de la forma de su creación y de las prerrogativas y privilegios del poder público que puedan tener o no atribuidas.

En esta forma, la mayoría de las personas jurídicas de derecho público, pero no todas, son personas jurídicas estatales; y algunas de las personas jurídicas de derecho privado, la minoría, son también personas jurídicas estatales, en el sentido de que forman parte del sector público[1].

I. LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO ESTATALES

Ante todo, son personas jurídicas estatales las personas jurídicas de derecho público político territorial, es decir, la República, los estados, los municipios, el Distrito Capital y los territorios federales. Las mismas constituyen la columna vertebral de la organización del Estado en sus tres niveles territoriales, conformando el mapa de la división político territorial del mismo. La organización administrativa a través de la cual actúan constituye básicamente el ámbito de la Administración Pública central.

En cuanto a las otras comunidades públicas que con base corporativa (corporaciones de derecho público) son personas de derecho público, no todas ellas son personas jurídicas estatales, en el sentido de que no todas forman parte de la organización general del Estado, ni por tanto del sector público. En particular, ni las comunidades indígenas ni las comunidades religiosas (Iglesias) pueden considerarse estatales. En cambio, las comunidades universitarias nacionales (universidades nacionales) sí son personas jurídicas estatales, pues integran la organización administrativa del Estado, como entidades descentralizadas.

PERSONAS JURÍDICAS ESTATALES

-DE DERECHO PÚBLICO
- ***-Base corporativa (sustrato personal)***
  - **● Corporaciones de derecho público**
    - **.Comunidades públicas**
      - **-Comunidades políticas: personas político territoriales**
      - **-Comunidades universitarias: universidades nacionales**
  - **● Asociaciones de derecho público**
    - **-Mancomunidades**
    - **-Asociaciones intergubernamentales**
- ***-Base patrimonial (sustrato real)***
  - **● Instituciones de derecho público:**
    - **-Institutos autónomos**
    - **-Banco Central de Venezuela**

---

[1] Cfr. en general, INGRID CANCELADO RUÍZ, "Las personas jurídicas que conforman el sector público (Su clasificación y tratamiento jurídico frente al sector privado)", *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 14 Caracas, Edit. Sherwood, 2002, pp. 31 a 77.

-DE DERECHO PRIVADO

-Base corporativa (sustrato personal)

● Asociaciones de derecho privado

-Sociedades civiles del Estado

-Empresas del Estado (sociedades mercantiles del Estado)

-Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA)

-Base patrimonial (sustrato real)

● Fundaciones del Estado

En cuanto a las corporaciones públicas, las corporaciones profesionales (colegios profesionales) y las corporaciones académicas (academias nacionales), no forman parte de la organización del Estado ni están sometidas a ningún control de tutela por parte de los órganos de la Administración central. Por tanto, no forman parte de la organización administrativa del Estado, por lo que no son personas jurídicas estatales.

En cuanto a las asociaciones de derecho público, es decir, las mancomunidades y las otras formas derivadas de las asociaciones intergubernamentales, sin duda, forman parte de la organización general del Estado en los niveles territoriales inferiores.

En cuanto a las personas de derecho público de base patrimonial (real) las mismas, integradas por las instituciones de derecho público, es decir, en general los institutos autónomos, sea cual sea la forma que tengan, y en particular, el Banco Central de Venezuela, son personas jurídicas estatales, que integran la Administración Pública descentralizada funcionalmente del Estado (*Tercera parte, § 10*).

II. LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO ESTATALES

Por lo que respecta a las personas jurídicas de derecho privado, las mismas pueden ser o estatales o no estatales, según se constituyan o no por entes públicos y estén o no integradas a la Administración descentralizada del Estado con forma de derecho privado.

Sin embargo, por lo que respecta a las personas jurídicas de derecho privado de base corporativa que constituyen comunidades privadas, como las políticas (partidos políticos), las laborales (sindicatos) y las universitarias (universidades privadas), las mismas no son en forma algunas personas jurídicas estatales, pues no están integradas en forma alguna a la estructura general del Estado ni de su Administración Pública).

En cambio, de base corporativa, como se ha dicho, el Estado utiliza con frecuencia la figura de las asociaciones de derecho privado, en particular constituyendo sociedades civiles (sociedades del Estado) y sociedades mercantiles (empresas del Estado), incluso con único accionista (Petróleos de Venezuela); y de base patrimonial, con frecuencia, el Estado ha recurrido a la creación de fundaciones (fundaciones del Estado); todas las cuales, al estar integradas en la estructura general de la organización del Estado, se consideran personas jurídicas estatales.

Estas personas jurídicas de derecho privado estatales, por otra parte, pueden tener conforme a la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público carácter empresarial o no, a cuyo efecto el artículo 7.º considera como "entes descentralizados funcionalmente, sin fines empresariales", a las fundaciones y asociaciones civiles del Estado "que no realizan actividades de producción de bienes o servicios destinados a la venta y cuyos ingresos o recursos provengan fundamentalmente del presupuesto de la República"; en cambio, considera como "entes descentralizados con fines empresariales aquéllos cuya actividad principal es la producción de bienes o servicios destinados a la venta y cuyos ingresos o recursos provengan fundamentalmente de esa actividad", como las sociedades mercantiles del Estado (*Tercera parte, § 10*).

En todo caso, la constitución y el funcionamiento de dichos entes: las empresas del Estado, las asociaciones civiles del Estado y las fundaciones del Estado, como parte de la Administración Pública descentralizada, han sido objeto de regulación en la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2002, cuyas normas, por la especialidad, privarían sobre las de la Ley de la Administración Financiera del Sector Público.

1. *Las sociedades civiles del estado (nacionales)*

El artículo 113 LOAP define a las asociaciones y sociedades civiles del Estado como aquéllas en las cuales la República o algún ente descentralizado funcionalmente nacional posea el 50% o más de las cuotas de participación, y aquéllas cuyo monto se encuentre conformado en la misma porción, por aporte de los mencionados entes, siempre que tales aportes hubiesen sido efectuados en calidad de socio o miembro.

La Ley Orgánica de la Administración Pública, por tanto, no regula las sociedades civiles del Estado que puedan constituir los estados, municipios o distritos metropolitanos.

La creación de las asociaciones y sociedades civiles del Estado debe estar autorizada por el Presidente de la República mediante decreto, o a través de resolución dictada por el máximo jerarca del ente descentralizado funcionalmente, que participe en su creación (art. 114). El acta constitutiva de las sociedades civiles del Estado debe indicar el valor de los bienes que integran su patrimonio, así como la forma en que serán dirigidas y administradas (arts. 114 y 111).

Las sociedades civiles del Estado adquieren personalidad jurídica con la protocolización de su Acta Constitutiva en la Oficina del Registro Subalterno correspondiente a su domicilio, donde se debe archivar un ejemplar auténtico de sus estatutos y de la *Gaceta Oficial* de la República donde aparezca publicado el decreto que autorice la creación (art. 114). Dicha acta constitutiva y estatutos de las sociedades civiles del Estado deben ser publicados en la *Gaceta Oficial* de la República, con indicación de los datos de registro (arts. 114 y 110).

Estas asociaciones civiles del Estado, en general, también se rigen por el Código Civil y las demás normas aplicables, salvo lo establecido en la Ley Orgánica (arts. 114 y 113)[2].

2. *Las sociedades mercantiles del estado a las empresas del estado*

El artículo 100 LOAP define a las empresas del Estado como las sociedades mercantiles en las cuales la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios, o alguno de los entes descentralizados funcionalmente regulados en la Ley Orgánica, solos o

---

2 En consecuencia, con la Ley Orgánica de la Administración Pública quedaron derogadas parcialmente las normas del decreto ley 677 del 21 de junio de 1985. Con anterioridad, el carácter de empresa del Estado derivaba de la expresión "empresas en las cuales el Estado (es decir, las personas jurídicas estatales) tenga participación decisiva", la cual había sido precisada legislativamente en diversas leyes, aun cuando de manera no uniforme, al establecerse que esa participación debía ser mayor del 50 % del capital social o igual o mayor al 50 % del capital social. Por otra parte, es de destacar que, conforme a las derogadas leyes orgánicas de Régimen Presupuestario, de Crédito Público, y de Salvaguarda del Patrimonio Público, se consideraban empresas del Estado, no solo aquellas en primer grado, es decir, en las que las personas estatales tuvieran la participación mayoritaria en el capital, sino las otras empresas en las cuales las empresas del Estado tuvieran dicha participación (arts. 1.5 y 2.3 y 4,5 respectivamente). Incluso, en las derogadas leyes orgánicas de Régimen Presupuestario y de Salvaguarda del Patrimonio Público expresamente se regulaba las figuras del *holding* público como empresa del Estado, definida como "sociedades de propiedad totalmente estatal, cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía" (art. 1.4 y 4.4, respectivamente).

conjuntamente, tengan una participación mayor al 50% del capital social[3]. Con esta definición quedaron superados todos los erráticos intentos de definición de las empresas del Estado fundados en criterios procesales (competenciales) que caracterizó la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, conforme a las previsiones de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia[4].

La Ley Orgánica de la Administración Pública, en consecuencia, autoriza a la República, a los estados, a los municipios, a los distritos metropolitanos, para constituir sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, incluso como únicos accionistas (art. 103).

La creación de las empresas del Estado debe ser autorizada respectivamente por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, los gobernadores y los alcaldes según corresponda, mediante decreto o resolución de conformidad con la ley (art. 101).

Estas empresas del Estado pueden constituirse con un único accionista[5], estableciéndose así, en el artículo 104 LOAP, la excepción al régimen del contrato de sociedad que establece el Código de Comercio para la constitución de sociedades mercantiles. Esta es una innovación en la legislación, ya que las sociedades, en principio, requieren de la participación de dos o más accionistas dado que surgen de un contrato de sociedad. Con anterioridad sólo se destacaba el caso de la constitución de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA), con la República como única persona accionista[6]; luego, con motivo de la transformación de dos institutos autónomos, el Instituto Venezolano de Petroquímica y la Corporación Venezolana del Petróleo, las leyes respectivas dispusieron la constitución de la empresa Intevep S.A. y Corpoven S.A., como filiales de Petróleos de Venezuela S.A., esta empresa como única accionista, en el mismo sentido que ha sido única accionista de las diversas empresas operadoras nacionalizadas de la industria petrolera que se constituyeron a partir de 1975.

---

3 Cfr. En general, sobre las empresas públicas, JESÚS CABALLERO ORTIZ, *Las empresas públicas en el derecho venezolano*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1982, pp. 288 a 295; JESÚS CABALLERO ORTIZ, "La noción de empresas públicas y de empresa del estado en el derecho venezolano", *Revista de Derecho Público*, n.º 2, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1980, pp. 33 a 36; JESÚS CABALLERO ORTIZ, "Desarrollo del sector empresarial público en Venezuela", *Revista de Control Fiscal,* n.º 101, Caracas, Contraloría General de la Republica, 1981, pp. 67 a 105; ENRIQUE VILORIA, "Las empresas públicas venezolanas: aspectos más relevantes", *Revista de Control fiscal,* n.º 100, caracas, contraloría general de la república, 1981, pp. 45 a 57; ENRIQUE VILORIA, "la organización del Sector Empresarial Público", *Revista de Derecho Público* n.º 4, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1980, PP. 19 A 26; ENRIQUE VILORIA V., "Las formas jurídicas de las empresas públicas", *Revista de Derecho Público*, n.º 14, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1983, pp. 57 a 72; ENRIQUE VILORIA "Las formas jurídicas de las empresas públicas en Venezuela", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, año XXXIX, n.º 93 y 94, Caracas, 1983, pp. 115 a 136; ENRIQUE VILORIA, "Análisis de la experiencia del holding de empresas públicas con especial referencia al caso venezolano", Revista de Control Fiscal, n.º 79, Caracas, Contraloría General de la república, 1975, pp. 7 a 53.; ALLAN R. BREWER-CARÍAS, las empresas públicas en el derecho comparado, caracas, Universidad Central de Venezuela, 1967; íd. Régimen Jurídico de las Empresas Públicas en Venezuela, Caracas, Edit, Arte, 1980; íd. "Introducción al estudio del régimen legal de las empresas públicas en Venezuela, Revista de la Facultad de Derecho, n.º 21, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1975-1976, p. 83 a 144.

4 Véase sobre esta definición, la sentencia de la Sala Constitucional 2724 del 18 de diciembre de 2001, caso Impugnación del artículo 2º ordinal 9º de la Ley del estatuto Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los municipios (**C**onsultada en original). véase el estudio pormenorizado de toda la evolución jurisprudencial en la materia, en la sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia del 25 de abril de 2003, caso Leonardo Segundo Cenci E. *Vs.* Gobernación del Estado Táchira, *Revista de Derecho Público,* n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 473 y ss.

5 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Las empresas públicas en el derecho comparado,* cit., pp. 115 y ss.

6 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Aspectos organizativos de la industria petrolera nacionalizada", *Archivo de derecho público y ciencias de la Administración, Régimen jurídico de las nacionalizaciones en Venezuela,* vol. III, 1972-1979, t. I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1981, pp. 407 y ss.

Ahora bien, conforme a las regulaciones generales de la Ley Orgánica, las empresas del Estado adquieren la personalidad jurídica con la protocolización de su acta constitutiva en el registro mercantil correspondiente a su domicilio, donde se debe archivar un ejemplar auténtico de sus estatutos y de la *Gaceta Oficial* de la República o del medio de publicación oficial correspondiente donde aparezca publicado el decreto que autorice su creación (art. 101).

Conforme al artículo 102 LOAP, todos los documentos relacionados con las empresas del Estado que conforme al Código de Comercio tienen que ser objeto de publicación deben insertarse en la *Gaceta Oficial* de la República o en el correspondiente medio de divulgación oficial de los estados, de los distritos metropolitanos o de los municipios.

Con el cumplimiento de esta obligación la Ley Orgánica de la Administración Pública considera satisfechas las exigencias previstas en el Código de Comercio, sin perjuicio de que la publicación pueda hacerse también en otros medios de comunicación si así lo estima conveniente la empresa. En este último supuesto, debe dejarse constancia del número y fecha de la *Gaceta Oficial* de la República o del medio de divulgación oficial, estadal, del distrito metropolitano o municipal en el cual se hizo la publicación legal (art. 102).

Cuando varias empresas del Estado operen en un mismo sector, o requieran una vinculación aunque operen en diversos sectores, el Presidente de la República, el gobernador y el alcalde correspondiente pueden crear empresas matrices tenedoras de las acciones de las empresas del Estado y de las empresas mixtas correspondientes, sin perjuicio de que los institutos autónomos puedan desempeñar igual función (art. 105).

En todo caso, corresponde al ministro u órgano de adscripción, nacional, estadal, del distrito metropolitano o municipal respectivo, ejercer, según corresponda, la representación del órgano respectivo en la asamblea de accionistas u órganos correspondientes de las empresas del Estado que se encuentren bajo su tutela (art. 120).

En los casos de empresas del Estado nacionales, estadales, de los distritos metropolitanos o municipales con un único accionista, el artículo 104 LOAP dispone que los derechos societarios podrán ser ejercidos, según sea el caso, por la República, los estados, los distritos metropolitanos, los municipios o los entes a que se refiere la Ley Orgánica de la Administración Pública, que sean titulares de las acciones en forma unilateral, sin que ello implique el incumplimiento de las disposiciones pertinentes del Código de Comercio ni las relacionadas con la publicación a que se refiere esta ley.

De forma que, tratándose de personas jurídicas de derecho privado, las empresas del Estado se rigen por la legislación ordinaria, particularmente, la establecida en el Código de Comercio, salvo lo establecido en la Ley Orgánica de la Administración Pública. En el caso de las empresas del Estado creadas por ley nacional también se deben regir igualmente por la legislación ordinaria, salvo lo establecido en la ley (art. 106). Además, evidentemente, la consecuencia de que una persona jurídica societaria de derecho privado se considere legalmente como empresa del Estado, independientemente de la actividad económica que realice, es que la misma además de regirse por el régimen establecido en la Ley Orgánica de la Administración Pública y en el Código de Comercio respecto del régimen de las sociedades anónimas, queda sometida al régimen legal de los organismos gubernamentales o del sector público. Por tanto, estas empresas, en principio, quedan sometidas a las normas sobre régimen presupuestario, sobre crédito público y, en general, sobre Administración Financiera contenidas en la Ley Orgánica de la Administración Financiera, como las relativas a la salvaguarda del patrimonio público contenidas en la Ley contra la Corrupción, y

las relativas al manejo y gestión del sector público, como las normas sobre control fiscal[7], y las normas sobre contratación administrativa, tanto sobre selección de contratistas como sobre cláusulas de condiciones generales.

Pero además de poder constituir empresas del Estado, tanto la República, como los estados, los distritos metropolitanos, los municipios y los entes a que se refiere la Ley Orgánica de la Administración Pública, pueden tener participación en todo tipo de sociedades, suscribir o vender acciones e incorporar nuevos accionistas del sector público (art. 103). En los casos de procesos de privatización se debe seguir el procedimiento establecido la Ley de Privatización de 1997 (art. 103)[8].

El ministerio o el órgano estadal o municipal competente en materia presupuestaria debe llevar un registro de la composición accionaria de las empresas donde el Estado tenga participación en su capital social, y remitir semestralmente copia del mismo a la comisión correspondiente de la Asamblea Nacional, de los consejos legislativos, de los cabildos metropolitanos o de los concejos municipales, dentro de los primeros treinta días del semestre siguiente (art. 107).

A. *Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA)*

Entre las empresas del Estado, constituida como sociedad anónima de capital público, aportado su capital íntegramente por la República, como único accionista, debe mencionase especialmente a Petróleos de Venezuela S. A., no sólo porque fue creada como consecuencia del mandato dispuesto en la antes mencionada Ley que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos de 1975[9], sino porque, además, a partir de 1999, tiene rango constitucional.

En efecto, el artículo 303 C. dispone que “por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional, el Estado conservará la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela, S. A., o del ente creado para el manejo de la industria petrolera, exceptuando la de las filiales, asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de Petróleos de Venezuela, S. A.”

Se establece, en esta forma, el carácter de dominio público, y por tanto inalienable, de las acciones de la República en la empresa matriz petrolera, Petróleos de Venezuela S. A. (PDVSA); declaración que, sin embargo, el constituyente expresamente no formuló respecto de las acciones que la propia República o PDVSA puedan tener en filiales, asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de la industria.

---

7 Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, Ley n.º 59, *Gaceta Oficial* n.º 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

8 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 5199 Extra. del 30 de diciembre de 1997. Cfr. en general, sobre Petróleos de Venezuela, ALLAN R. BREWER-CARÍAS, “Consideraciones sobre el régimen jurídico administrativo de Petróleos de Venezuela, S.A.”, *Revista de Hacienda* n.º 67, Caracas 1977, p. 79 a 99; íd. “Aspectos organizativos de la industria petrolera nacionalizada en Venezuela”, cit. vol. III, t. I, pp. 407 a 491; y en MARCOS KAPLAN (Coord.), *Petróleo y Desarrollo en México y Venezuela,* UNAM, México 1981, p. 333 a 432; ALLAN R. BREWER-CARÍAS, “El proceso jurídico organizativo de la industria petrolera nacionalizada en Venezuela”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n.º 58, Caracas Universidad central de Venezuela, 1976, p. 53 a 88; íd. “El carácter de Petróleos de Venezuela, S.A. como instrumento del Estado en la industria petrolera”, *Revista de Derecho Público*, n.º 23, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1985, pp. 77 a 87.

9 *Gaceta Oficial* n.º 1.769 del 29 de agosto de 1975.

Petróleos de Venezuela S. A., sin embargo, aun habiendo sido constitucionalizada, continúa siendo una empresa del Estado, sometida preponderantemente a un régimen de derecho privado en tanto que sociedad anónima. Como lo ha señalado la sala Constitucional del Tribunal Supremo:

Petróleos de Venezuela S.A. y sus compañías filiales tienen un régimen legal que permite diferenciarlas claramente, no sólo de la Administración Pública centralizada y de los institutos autónomos, sino también de otras empresas del Estado. Por tanto, esta Sala debe concluir que la identificación de la naturaleza jurídica de dichas compañías como personas estatales con forma jurídica de derecho privado, plantea, sin duda, como consecuencia, que el régimen jurídico aplicable a las mismas sea un régimen mixto, tanto de derecho público como de derecho privado, aun cuando sea preponderantemente de derecho privado, debido a su forma, pero no exclusivamente, dado que su íntima relación con el Estado, las somete a las reglas obligatorias de derecho público dictadas para la mejor organización, funcionamiento y control de ejecución de la Administración Pública, por parte de los órganos que se integran a ésta o coadyuvan al logro de sus cometidos[10].

3. *Las fundaciones del estado*

Conforme al artículo 108 LOAP, son fundaciones del Estado los patrimonios afectados a un objeto de utilidad general, artístico, científico, literario, benéfico, social u otros, en cuyo acto de constitución participe la República, los estados, los distritos metropolitanos, los municipios o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere esta ley, siempre que su patrimonio inicial se realice con aportes del Estado en un porcentaje mayor al 50% (art. 108).

Dos son, por tanto, como se ha dicho, las condiciones para que una fundación pueda considerarse como fundación del Estado: por una parte, que se constituya por un ente público, y por la otra, que en el patrimonio fundacional *inicial* haya aporte del Estado mayor al 50% del mismo. Ambas condiciones deben cumplirse acumulativamente. En consecuencia, si en la constitución de una fundación no participa un ente público, la fundación no puede considerarse como fundación del Estado, así posteriormente reciba aportes y subvenciones estatales. Por otra parte, aun si en la constitución de la fundación participa un ente público, si en el patrimonio fundacional *inicial* no hay un aporte del Estado mayor al 50% del mismo, tampoco se puede considerar a la fundación como fundación del Estado.

La creación de las fundaciones del Estado debe ser autorizada respectivamente por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, los gobernadores, los alcaldes, según corresponda, mediante decreto o resolución (art.109).

Las fundaciones del Estado adquieren personalidad jurídica conforme al artículo 19 C.C. con la protocolización de su acta constitutiva en la oficina subalterna de registro correspondiente a su domicilio, donde se debe archivar un ejemplar auténtico de sus estatutos y de la *Gaceta Oficial* de la República o del medio de publicación oficial estadal o municipal correspondiente donde aparezca publicado el decreto o resolución que autorice su creación.

---

10 Véase la sentencia 464 del 18 de marzo de 2002, caso Interpretación del Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente de fecha 30 de enero de 2000, mediante el cual se suspende por 180 días la negociación de la Convención Colectiva del Trabajo, *Revista de Derecho Público*, n.º 89 a 92, Edit. Jurídica Venezolana, pp. 218 y ss. Cfr. en general, ISABEL BOSCÁN DE RUESTA, “Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de Petróleos de Venezuela, S.A.”, *Revista de Derecho Público,* n.º 9, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1982, pp. 55 a 60.

En el acta constitutiva de las fundaciones del Estado se debe indicar el valor de los bienes que integran su patrimonio, así como la forma en que deben ser dirigidas y administradas (art. 111).

El acta constitutiva, los estatutos y cualquier reforma de tales documentos de las fundaciones del Estado deben ser publicados en la Gaceta Oficial de la República o en el respectivo medio de publicación oficial, estadal o municipal, con indicación de los datos correspondientes al registro (art. 110).

Corresponde al ministro u órgano de adscripción nacional, estatal, del distrito metropolitano o municipal respectivo ejercer, según proceda, la representación del órgano respectivo en los órganos correspondientes de las fundaciones del Estado que se encuentren bajo su tutela (art. 120).

Conforme lo indica el artículo 112 LOAP, las fundaciones del Estado se rigen por el Código Civil y las demás normas aplicables, salvo lo establecido en la Ley Orgánica de la Administración Pública o en otras leyes[11].

III. EL CONTROL ESTATAL SOBRE LAS PERSONAS JURÍDICAS ESTATALES: LA POTESTAD DE ADSCRIPCIÓN Y EL CONTROL DE TUTELA

A los efectos de implementar el control de tutela sobre los entes descentralizados, todo instituto autónomo, empresa o fundación, asociaciones y sociedades civiles del Estado se tiene que encontrar adscrito a un determinado ministerio u órgano de la Administración Pública correspondiente y, en ningún caso puede quedar adscrito al despacho del Presidente de la República, del Vicepresidente Ejecutivo, del gobernador o del alcalde (art. 116).

A tal efecto, corresponde al presidente de la República en Consejo de Ministros decretar la adscripción de los institutos autónomos, empresas, fundaciones, asociaciones y sociedades civiles del Estado a los órganos de la Administración Pública central nacional. En dicho decreto, el Presidente, conforme se establece en el artículo 115 LOAP, puede:

1. Determinar el ministerio de adscripción en los casos en que ello no se encuentre previsto en la ley o acto jurídico de creación del ente descentralizado funcionalmente.
2. Variar la adscripción del ente descentralizado funcionalmente que se encuentre prevista en su correspondiente ley o acto jurídico de creación, de acuerdo a las reformas que tengan lugar en la organización ministerial, y atendiendo, en especial, a la creación o supresión de los ministerios o cambios en sus respectivas competencias.
3. Variar la adscripción de las acciones de uno a otro órgano, o transferir sus acciones a un instituto autónomo o a otro ente descentralizado funcionalmente.
4. Fusionar empresas del Estado y transformar en éstas o en servicios autónomos sin personalidad jurídica, las fundaciones del Estado que estime conveniente.

De acuerdo con el artículo 118 LOAP, en el mes de enero de cada año, los ministerios y órganos de adscripción nacionales, estadales, de los distritos metropolitanos o municipales deben publicar en la *Gaceta Oficial* de la República o en el medio oficial que corres-

---

11 La LOAP, en consecuencia, derogó parcialmente el decreto ley n.º 677 del 21 de junio de 1985 que estableció las Normas sobre las Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado y el control de los aportes públicos a las instituciones privadas, *Gaceta Oficial* n.º 3574 Extra. Del 21 de junio de 1985. Véase, en general, ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "El régimen de las fundaciones en el decreto n.º 41 del 14 de diciembre de 1984" *Revista de Derecho Público,* n.º 20, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1984, pp. 96 y ss.

ponda la lista de los entes descentralizados adscritos o bajo su tutela, con indicación del monto de la participación, si se tratare de una empresa del Estado y de la conformación de su patrimonio, si se tratare de un instituto autónomo o una fundación del Estado. Igualmente deben indicar los entes que se hallen en proceso de privatización o de liquidación. Este decreto, por tanto, puede considerarse que tiene valor de ley por el poder derogatorio que tiene respecto de las leyes, por ejemplo, la Ley sobre Adscripción de Institutos Autónomos y Fundaciones del Estado dictada por Decreto Ley 370 del 5 de octubre de 1999[12]

Debe señalarse, por otra parte, que la Ley Orgánica de la Administración Pública no regula la potestad de determinar la adscripción de los entes descentralizados funcionalmente en los estados, municipios o distritos metropolitanos, por lo que debe aplicarse analógicamente el régimen anterior, en cuanto que tal atribución corresponde a la autoridad ejecutiva de mayor jerarquía.

En todo caso, los ministerios u otros órganos de control, nacionales, estadales, de los distritos metropolitanos o municipales, respecto de los entes descentralizados funcionalmente que le estén adscritos, tienen las siguientes atribuciones generales indicadas en el artículo 117 LOAP:

1. Definir la política a desarrollar por tales entes, a cuyo efecto formularán las directivas generales que sean necesarias.
2. Ejercer permanentemente funciones de coordinación, supervisión y control.
3. Evaluar en forma continua el desempeño y los resultados de su gestión e informar oportunamente al presidente de la República, gobernador o alcalde, según corresponda.
4. Informar trimestralmente al organismo u órgano, nacional, estadal, del distrito metropolitano o municipal, encargado de la planificación acerca de la ejecución de los planes por parte de los entes.
5. Proponer al presidente de la República, gobernador, o alcalde, según corresponda, las reformas necesarias a los fines de crear, modificar o eliminar las entidades descentralizadas funcionalmente que respectivamente le estén adscritas.
6. Las demás que determinen las leyes nacionales, estadales y las ordenanzas y sus reglamentos.

Conforme al artículo 119, el ministerio u órgano de control, nacional, estadal, del distrito metropolitano o municipal, a cargo de la coordinación y planificación deben determinar los indicadores de gestión aplicables para la evaluación del desempeño institucional de los entes descentralizados funcionalmente, de conformidad con el reglamento respectivo.

Como instrumento del control de tutela sobre el desempeño institucional de los entes descentralizados, de conformidad con la Ley Orgánica de la Administración Pública se deben suscribir compromisos de gestión entre entes descentralizados funcionalmente y el respectivo ministerio u órgano de adscripción nacional, estadal, del distrito metropolitano o municipal, según el caso (art. 119).

Dichos compromisos de gestión se regulan detalladamente en los artículos 129 y siguientes LOAP, como se señala más adelante.

El artículo 121 LOAP obliga a los entes descentralizados funcionalmente a informar al ministerio u órgano de adscripción, nacional, estadal, del distrito metropolitano o municipal, acerca de toda participación accionaria que suscriban y de los resultados económicos de la misma.

---

[12] Véase *Gaceta Oficial* n.º 36.889 de fecha 10 de febrero de 2000.

Además, los administradores de los entes descentralizados funcionalmente deben remitir anualmente a los ministerios u órganos de adscripción nacional, estadal, del distrito metropolitano o municipal correspondientes el informe y cuenta de su gestión (art. 121).

Por último, debe indicarse que las empresas y las fundaciones del Estado también pueden ser objeto de intervención, supresión y liquidación de conformidad con las normas previstas en el Código de Comercio y en el Código Civil.

En todo caso, el Presidente de la República, gobernador o alcalde, según corresponda, mediante decreto o resolución correspondiente, debe dictar las reglas que estime necesarias a los fines de la intervención, supresión o liquidación de las entidades mencionadas y debe designar a las personas encargadas de ejecutarlas.

La personalidad jurídica de las entidades descentralizadas funcionalmente debe subsistir para los fines de la liquidación, hasta el final de ésta (art. 128).

Conforme a todo lo anteriormente expuesto, constituye objeto del derecho administrativo el régimen jurídico tanto de las personas jurídicas de derecho público como de las personas jurídicas estatales.

En *primer lugar*, el carácter público de la persona jurídica, derivado de la forma de su creación y de la atribución a la misma, en general, de prerrogativas del poder público, lo cual lleva a que el régimen de dichas personas jurídicas en cuanto a su organización y funcionamiento sea un régimen propio del derecho administrativo pues, además, en general, la actividad que realizan se puede considerar actividad administrativa.

En *segundo lugar*, el carácter estatal de la persona jurídica, derivado de la integración del ente a la organización general del Estado, es decir, a la organización administrativa del mismo, lleva a que el régimen de dichas personas jurídicas, si bien en general sea el del Código Civil y el del Código de Comercio, en cuanto a su organización y funcionamiento sea un régimen con regulaciones esenciales propias del derecho administrativo.

De allí la importancia que tiene para el derecho administrativo el tema de la personalidad jurídica.

TERCERA PARTE:

EL RÉGIMEN DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL

§ 8. La organización del Estado, la organización administrativa y la Administración Pública

I. LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Para tratar de identificar al conjunto de órganos que configuran la Administración del Estado venezolano debemos, ante todo, tratar de enmarcar a la Administración Pública, como complejo orgánico, dentro de la estructura general del Estado, teniendo en cuenta sus peculiaridades federales.

El Estado venezolano, en efecto, está constitucionalmente configurado como un Estado federal (artículo 2.º C.), en el cual se distinguen tres niveles de organización política: el nivel nacional, que corresponde a la República; el nivel estadal[1], que corresponde a los estados miembros de la Federación; y el nivel municipal, que corresponde a los municipios. En cada uno de estos tres niveles políticos existe una "Administración Pública central" (nacional, estadal y municipal), que ejerce el poder ejecutivo, siendo ésta el instrumento por excelencia de la acción política del Estado. Como instrumento, está compuesto por un conjunto de órganos e instituciones que le sirven para el desarrollo de sus funciones y el logro de los fines que tiene constitucionalmente prescritos.

Pero como se ha dicho anteriormente (*Primera parte*, § 1), no toda "Administración Pública" del Estado es "Administración Pública central", en el sentido de que no sólo los órganos que ejercen el poder ejecutivo en los tres niveles político territoriales o los que gozan de autonomía fundamental en virtud de disposiciones constitucionales monopolizan, orgánicamente, a la Administración Pública del Estado. Las diversas ramas de los poderes

---

1 Como hemos señalado (*Introducción general, nota 57*), la expresión "estadal" y "estadales" es un neologismo (venezolanismo jurídico) destinado a identificar lo que concierne a los estados de la federación; para distinguir lo que se refiere al "Estado", expresión utilizada para identificar, sea a la globalidad de los entes jurídicos que lo componen, o al Estado nacional (federal), caso en el cual su utiliza el término "estatal". Véase la "Exposición de Motivos del Proyecto de Constitución" de 1961, *Revista de la Facultad de Derecho*, nº 21, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1961, p. 373.

del Estado en sus diversos niveles tienen su propia Administración Pública, lo que nos conduce a insistir en el sentido de la separación de poderes en Venezuela, como sistema de distribución horizontal del poder público, en los tres niveles de distribución vertical del propio poder público.

1. *La administración del estado, la separación orgánica de poderes y los órganos con autonomía funcional*

Si algún valor tiene el principio de la separación de poderes Venezuela, es el de la "separación orgánica" de poderes, en el sentido de que, constitucionalmente, en cada uno de los tres niveles de organización política del Estado (nacional, estadal y municipal) hay una separación formal de órganos, que ejercen las diversas ramas del poder público (*Introducción general*, IV, VI).

Así, en el nivel nacional (poder nacional), hay una separación clara entre cinco grupos de órganos de la República: los órganos legislativos (Asamblea Nacional), los órganos ejecutivos (Presidente de la República, ministerios, etc.), los órganos judiciales (Tribunal Supremo de Justicia, tribunales), los órganos de control (Fiscalía General de la República, Contraloría General de la República, Defensoría del Pueblo), y los órganos electorales (Consejo Nacional Electoral); y cada uno de estos órganos tiene su propia Administración Pública: la Administración de la Asamblea Nacional; la Administración de la justicia (Dirección Ejecutiva de la Magistratura); la Administración Pública de los órganos de control, la Administración electoral, y la Administración Pública central que en principio corresponde a los órganos que ejercen el poder ejecutivo.

Así, puede decirse que el ámbito propio de la organización administrativa nacional está en los órganos ejecutivos, en esa "Administración Pública nacional" (central o descentralizada) cuyos órganos ejercen el poder ejecutivo nacional, en cuyo vértice está el Presidente de la República.

Por su parte, en el nivel estadal (poder de los estados) hay una clara y precisa separación entre tres grupos de órganos en cada estado: los órganos legislativos (consejos legislativos), los órganos ejecutivos (gobernadores y sus dependencias administrativas), y los órganos de control (contraloría estadal); y cada uno de estos órganos tiene su propia Administración: la Administración de los consejos legislativos, la "Administración Pública central" que en principio corresponde a los órganos que ejercen el poder ejecutivo, y la Administración contralora. Así, puede decirse que el ámbito propio de la organización administrativa estadal está en los órganos ejecutivos, en esa "Administración Pública estadal" (central o descentralizada) cuyos órganos ejercen el poder ejecutivo de los estados, en cuyo vértice están los gobernadores.

Por último, en el nivel municipal (poder municipal), también hay una clara y neta separación legal entre tres grupos de órganos en cada municipio: los órganos legislativos (concejos municipales), los órganos ejecutivos (alcaldes y sus dependencias administrativas), y los órganos de control (contralorías municipales); y cada uno de esos órganos tiene su propia administración: la administración de los concejos municipales como órganos colegiados, la "Administración Pública central", que en principio corresponde a los órganos que ejercen el poder ejecutivo municipal, y la Administración contralora. Así puede decirse que el ámbito propio de la organización administrativa municipal está en los órganos ejecutivos, en esa "Administración Pública municipal" (central o descentralizada) cuyos órganos ejercen el poder ejecutivo municipal, en cuyo vértice están los alcaldes.

Por tanto la organización administrativa del Estado no se agota, por ejemplo, a nivel nacional, en el ámbito de la "Administración Pública nacional central" que ejerce el poder ejecutivo, pues existen órganos administrativos que derivan del principio de la separación

orgánica de poderes que ha establecido la Constitución de 1999, regularizando así la existencia de órganos del Estado con autonomía funcional que antes existían y que no encuadraban en la clásica trilogía de poderes: legislativos, ejecutivos y judiciales, ni dentro de los órganos que ejercían el poder legislativo, ni dentro de los órganos que ejercían el poder ejecutivo, ni dentro de los órganos que ejercían el poder judicial y que sin embargo formaban parte de la organización administrativa de la Administración del Estado y, en general, de lo que siempre se ha conocido como Administración Pública nacional (*Introducción general*, *VI*).

Es el caso, por ejemplo, de la antigua Fiscalía General de la República: se trata de un órgano que tenía a su cargo el control de la observancia de la Constitución y la vigilancia porque se respetaran los derechos y garantías individuales (art. 220). El Fiscal General de la República era nombrado por el antiguo Congreso (art. 219), pero no era un órgano dependiente del órgano legislativo, ni era su mandatario.

Este órgano, en efecto, tenía autonomía funcional en el ejercicio de sus atribuciones, y precisamente en virtud de esta autonomía funcional es que podía actuar, realmente, como un contralor público de la constitucionalidad de la actuación de los órganos del poder ejecutivo, del poder judicial y del propio poder legislativo. Si este órgano hubiese sido dependiente de alguno de los anteriores tres "poderes" clásicos, no habría tal autonomía funcional, ni habría habido la necesaria garantía de su independencia.

Lo mismo sucedía con la Contraloría General de la República, la cual tenía por función ejercer el control fiscal y de gestión sobre la Administración Pública (administración contralora) (art. 234)[2]. También al Contralor General de la República lo nombraba el antiguo Congreso (art. 238), pero aquél tampoco era su mandante. Era un órgano independiente de éste y del Ejecutivo nacional. Por ello, no podía decirse que el contralor fuera parte del poder legislativo. A los miembros de la antigua Corte Suprema de Justicia, conforme al artículo 214 C. de 1961, también los designaba el antiguo Congreso, y sin embargo no había dependencia alguna entre la Corte Suprema y el órgano legislativo, o sea que el hecho de que a esos funcionarios los designara el Congreso no significaba que dependieran de él.

Pero además de la Fiscalía y de la Contraloría General de la República había otros organismos, uno de rango constitucional, el Consejo de la Judicatura, otro de rango legal, el Consejo Supremo Electoral, que no encuadraban dentro de la antigua trilogía clásica de los órganos que en el nivel nacional ejercían el poder ejecutivo, el poder legislativo y el poder judicial.

Debe aclararse que la Procuraduría General de la República, órgano que, conforme al artículo 202 C. de 1961 y el artículo 247 C. de 1999, tenía y tiene a su cargo la representación y defensa judicial o extrajudicial de los intereses patrimoniales de la República y la asesoría jurídica de la Administración Pública nacional, no tenía ni tiene la misma autonomía funcional de los anteriores órganos constitucionales señalados, ya que tiene una dependencia jerárquica respecto del Presidente de la República, pues debe actuar conforme a sus instrucciones[3]. En su actuación, por tanto, la Procuraduría ejerce el poder ejecutivo.

---

2 Cfr. Siebel Girón, "La Contraloría General de la República. Naturaleza y Ubicación", *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, n.° 137, Caracas 1970, pp, 285-307; Absara Mariani, "Naturaleza jurídica de la Contraloría General de la República", *Revista de Control Fiscal* n.º 97, Caracas, Contraloría General de la República, 1980, pp. 57-80.

3. Art. 1.° de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, decreto ley n.º 1.556, *Gaceta Oficial* n.º 5.554 Extra. del 13 de noviembre de 2001

En cuanto al antiguo Consejo de la Judicatura, tenía a su cargo velar por una Administración de justicia adecuada, y sus miembros, conforme al artículo 217 C. de 1961, eran nombrados por la Corte Suprema de Justicia, el Ejecutivo nacional y el Congreso[4]. Sin embargo, tampoco era realmente ni un órgano legislativo ni ejecutivo ni judicial en sentido clásico. Porque tenía a su cargo una actividad conexa con la justicia podía denominarse su actividad, propia de un órgano con autonomía funcional, como parte de la "Administración de justicia".

Otro órgano nacional con autonomía funcional, aun y cuando no previsto en la Constitución de 1961, y que tampoco podía ubicarse como dependiente de ninguno de los antiguos clásicos "poderes" del Estado, era el Consejo Supremo Electoral, el cual también tenía autonomía en el ejercicio de sus atribuciones. Sus miembros los designaban el antiguo Congreso[5], pero no se trataba de un órgano legislativo, ni ejercía el poder legislativo. Tampoco formaba parte de los órganos del Ejecutivo nacional en sentido clásico[6].

Estos órganos tenían autonomía funcional, en el sentido de que no tenían dependencia jerárquica respecto de alguno de los tres grupos de órganos clásicos del Estado. Su configuración rompía desde el punto de vista administrativo, la trilogía de la separación orgánica de poderes que a nivel nacional recogía la Constitución de 1961, pues muy difícilmente podían ubicarse dentro de los tres poderes clásicos. Realizaban una actividad administrativa: de Administración electoral, de Administración de la justicia, de Administración contralora; y eran parte de la organización administrativa del Estado, pero no eran parte del Ejecutivo nacional en su sentido clásico, porque no tenían dependencia jerárquica respecto del Presidente de la República. A pesar de ello, formaban parte de lo que genéricamente se denomina Administración Pública y, en particular, de la Administración Pública nacional[7].

Un argumento similar se podía formular en el nivel estadal y municipal, con las contralorías de los estados y las contralorías municipales, organismos que también gozaban de autonomía funcional y que si bien no dependían de los gobernadores o alcaldes, formaban parte de la Administración Pública de los estados y municipios.

Por tanto, al estudiar la organización administrativa conforme a la Constitución de 1961, por ejemplo a nivel nacional, no sólo debía analizarse la organización de los órganos del Ejecutivo nacional en sentido clásico, es decir, la Administración Pública nacional tradicional, tanto la central (Presidente de la República, los ministerios, las oficinas centrales de la Presidencia de la República) como la descentralizada (institutos autónomos, por

---

4. Art. 34 de la vieja Ley Orgánica del Poder Judicial del 16 de enero de 1970, *Gaceta Oficial* n° 1.376, Extra. de 17 de febrero de 1970, la cual creó este organismo. El Consejo de la Judicatura estuvo regulado en la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura de 1998, *Gaceta Oficial* n.° 36.534 del 8 de septiembre de 1998.

5. Artículo 41 de la Ley Orgánica del Sufragio y la Participación Política, *Gaceta Oficial* n.º 5.233 Extra. del 28 de mayo de 1998.

6. Dentro de este grupo de órganos administrativos con autonomía funcional, aun cuando sin rango constitucional, ya que no estaba prevista en el texto fundamental, como referencia histórica se podía ubicar a la antigua Comisión Investigadora contra el Enriquecimiento Ilícito regulada por la derogada Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados públicos, *Gaceta Oficial* n.° 902, Extra. del 31 de enero de 1964. Este organismo, cuyos miembros los designaba el Congreso (art. 10.º), en su momento tampoco tenía dependencia jerárquica respecto de ninguno de los clásicos órganos de los poderes del Estado: ni del antiguo Congreso, ni del poder ejecutivo, ni de los tribunales, precisamente, como garantía para el cumplimiento de sus funciones, a cuyo efecto gozaba de autonomía funcional. Al derogarse la Ley por la a su vez derogada Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio público de 1982, las funciones de ese órgano pasaron a ser ejercidas por la Contraloría General de la República y a los tribunales con competencia en materias de salvaguarda del patrimonio público.

7 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1994.

ejemplo); sino que, como formando parte de la organización administrativa nacional y de la Administración Pública nacional, debía también estudiarse la organización de los señalados órganos estatales con autonomía funcional, y por ello, no dependientes de ninguno de los clásicos órganos legislativos, judiciales o ejecutivos. En contraste con la Administración Pública central y descentralizada, a estos órganos, se los debía ubicar en la Administración Pública con autonomía funcional.

Los conceptos antes expresados fueron acogidos por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de noviembre de 1988, en la cual la Sala Político Administrativa, al analizar la naturaleza del Consejo Supremo Electoral, no sólo precisó qué debía entenderse por Administración Pública nacional sino que estableció que la expresión "Administración central o descentralizada" no agotaba el contenido de aquella. La Corte Suprema en dicha sentencia estableció:

Para esta Corte, una interpretación concatenada de los artículos 122, 126, 139, 160, 190 ordinal 19.º, 202 ordinal 3.° y de la disposición transitoria décima de la Constitución (1961) revela que la noción de "Administración Pública nacional" comprende el conjunto de órganos que constituyen el instrumento de la acción político administrativa del Estado que, en el sistema de separación orgánica de poderes que la Constitución prevé, no forman parte ni del Congreso Nacional ni del poder judicial (la Corte Suprema de Justicia y demás tribunales de la República, en los términos del artículo 204 de la Constitución).

Este conjunto orgánico que conforma la Administración Pública nacional en el régimen constitucional venezolano, está a su vez integrado por tres conjuntos orgánicos: en primer lugar, la Administración central, regida tanto por la Ley Orgánica de la Administración Central, destinada al conjunto de órganos que dependen directamente del Ejecutivo nacional (entre los cuales se destacan, los ministerios y las Oficinas centrales de la Presidencia de la República), como por la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República que califican a ésta como órgano de representación jurídica y asesoría de la Administración Pública nacional (Presidencia y ministerios); en segundo lugar, la Administración descentralizada, conformada por los institutos autónomos regulados en el artículo 230 de la Constitución, las personas jurídicas de derecho público con forma societaria, las empresas del Estado, las fundaciones del Estado, y las asociaciones civiles del Estado; y en tercer lugar, por las Administraciones cuya autonomía funcional, establecidas en la Constitución o que tienen su fundamento en ella, como es el Consejo Supremo Electoral.

Puede colegirse, por consiguiente, que en el sistema constitucional venezolano, la Administración central o descentralizada de la República, no agota el universo de la Administración Pública nacional, en cuyo concepto aparecen integrados los órganos o administraciones con autonomía funcional que prevé la Constitución, entre éstos, el Consejo Supremo Electoral, el cual, aunque creado por la Ley Orgánica del Sufragio, está dotado de autonomía funcional conforme a lo previsto en el artículo 143 de la Carta Magna[8].

La situación anterior es la que ha sido precisamente regularizada constitucionalmente con las previsiones de la Constitución de 1999[9], en la cual con motivo de establecer una penta

---

8 Véase *Revista de Derecho Público* n.° 38, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1989, pp. 81 y 82. En el mismo sentido la Corte Suprema de Justicia en Corte Plena, en sentencia del 8 de agosto de 1989, al referirse al ministerio público, señaló que si bien "forma parte de la Administración Pública nacional (de la República), en cambio no puede considerarse que sea parte de la Administración central ni de la Administración descentralizada de la República", *Revista de Derecho Público* n.° 39, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1989, pp. 111 y ss.

9 La Constitución de 1999 fue aprobada mediante referendo el 15 de diciembre de 1999 y publicada en *Gaceta Oficial* n.º 36.660 del 30 de diciembre de 1999. Posteriormente fue publicada con correcciones en *Gaceta Oficial* n.º 5.453 Extra. de fecha 24 de marzo de 2000. Sobre el régimen de la Administración Pública en la Constitución,

división del poder público a nivel nacional, además de regular los órganos que ejercen el poder legislativo (Asamblea Nacional), el poder ejecutivo (Presidente de la República, Vicepresidente Ejecutivo, ministros) y del poder judicial (Tribunal Supremo de Justicia, Dirección Ejecutiva de la Magistratura -que sustituyó al Consejo de la Judicatura-, y tribunales) ha regulado a los órganos que ejercen el poder ciudadano (Fiscalía General de la República, Contraloría General de la República, Defensoría del Pueblo) y el poder electoral (Consejo Nacional Electoral). Precisamente, en ejercicio de las respectivas ramas del poder público, además de los órganos de la Administración Pública central que ejercen el poder ejecutivo, también configuran la Administración Pública del Estado, los órganos de la Asamblea Nacional que ejercen funciones administrativas en ejercicio del poder legislativo, la Dirección Ejecutiva de la Magistratura que ejerce el poder judicial, los órganos que ejercen el poder ciudadano y los órganos que ejercen el poder electoral.

2. *La universalidad del régimen de la administración pública en la ley orgánica*

Como se ha indicado, la Constitución de 1999 contiene un extenso título IV relativo al "poder público", cuyas normas se aplican a todos los órganos que ejercen el poder público tal como lo indica el artículo 136: en su distribución vertical o territorial (poder municipal, poder estadal y poder nacional); y, en el nivel nacional, en su distribución horizontal (poderes legislativo, ejecutivo, judicial, ciudadano y electoral)[10].

En dicho título se incorporó una sección relativa a "la Administración Pública", cuyas normas se aplican a todos los órganos y entes que ejercen esos poderes públicos. De allí que lo primero que debe determinarse es cuáles son los órganos estatales que ejercen el poder público y que pueden considerarse como tal "Administración Pública".

Ante todo, por supuesto, están los órganos de los diversos niveles del poder público (nacional, estadal y municipal) que ejercen el poder ejecutivo. En consecuencia, las normas que contiene la sección se aplican a todas las "Administraciones Públicas" *ejecutivas* de la República (Administración Pública nacional), de los estados (Administración Pública estadal), de los municipios (Administración Pública municipal) y de las otras entidades políticas territoriales que establece el artículo 16 C., entre las cuales se destacan los distritos metropolitanos cuyos órganos ejercen el poder municipal.

Pero la Administración Pública del Estado venezolano, en los tres niveles territoriales de distribución vertical del poder público, no se agota en los órganos y entes de la Administración Pública *ejecutiva* (o central, que ejercen el poder ejecutivo), pues también comprende los otros órganos de los poderes públicos que desarrollan las funciones del Estado de carácter sublegal. En tal sentido, en el nivel nacional, los órganos que ejercen el poder ciudadano (Fiscalía General de la República, Contraloría General de la República y Defensoría del Pueblo) y el poder electoral (Consejo Nacional Electoral), sin la menor duda, son órganos que integran la Administración Pública del Estado, organizados con autonomía funcional respecto de los órganos que ejercen otros poderes del Estado. En cuanto a los órganos que ejercen el poder judicial, los que conforman la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, mediante la cual el Tribunal Supremo de Justicia ejerce la dirección, gobierno y administración del poder judicial, también son parte de la Administración Pública del Estado.

---

cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *La Constitución de 1999. Derecho constitucional venezolano,* t. I, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 276 y ss.

[10] Cfr. nuestra propuesta sobre este título en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, t. II, 9 sept. a 17 oct. 1999, Caracas, Fundación de Derecho Público y Edit. Jurídica Venezolana, 1999, pp. 159 y ss.

En consecuencia, en los términos de la sección segunda del título IV C., la Administración Pública del Estado no sólo está conformada por órganos que ejercen el poder ejecutivo, sino por los órganos que ejercen el poder ciudadano y el poder electoral, y por la Dirección Ejecutiva de la Magistratura que en ejercicio del poder judicial tiene a su cargo la dirección, el gobierno y la administración del poder judicial[11].

Para desarrollar los principios constitucionales relativos a la Administración Pública, se ha dictado, la Ley Orgánica de la Administración Pública[12], la cual, como lo indica su artículo 1.º, tiene por objeto general:

1.º Establecer los principios y bases que rigen la organización y el funcionamiento de la Administración Pública;

2.º Establecer los principios y lineamientos de la organización y funcionamiento de la Administración Pública nacional y de la Administración descentralizada funcionalmente[13];

3.º Regular los compromisos de gestión;

4.º Crear mecanismos para promover la participación y el control sobre las políticas y resultados públicos; y

5.º Establecer las normas básicas sobre los archivos y registros públicos.

Siendo una ley nacional, por supuesto, sus disposiciones son básicamente "aplicables a la Administración Pública nacional" (art. 2.º). La Ley, sin embargo, no define qué ha de entenderse por ello; pero de su normativa se deduce que abarca la Administración Pública que conforman los órganos que ejercen el poder ejecutivo nacional y aquéllos que conforman la Administración Pública nacional descentralizada sometida al control de aquél, con forma de derecho público.

En cuanto a la Administración Pública que conforman los demás órganos del poder público nacional, es decir, los que a nivel nacional ejercen el poder judicial, el poder ciudadano y el poder electoral, las disposiciones de la LOAP sólo se les aplican "supletoriamente" (art. 2.º). En cuanto a los órganos que ejercen el poder legislativo, respecto de las funciones administrativas que realicen, conforme al artículo 2.º LOAP, también se les podrán aplicar sus disposiciones supletoriamente.

En relación con los órganos de los poderes públicos que derivan de la distribución territorial del poder público, conforme al artículo 2.º LOAP "los principios y normas (de la Ley Orgánica) que se refieran en general a la Administración Pública, o expresamente a los estados, distritos metropolitanos y municipios, serán de obligatoria observancia por éstos, quienes desarrollarán los mismos dentro del ámbito de sus respectivas competencias".

En referencia a las demás regulaciones de la Ley Orgánica, rige el mismo principio de su posible aplicación supletoria a las Administraciones Públicas de los estados y municipios (art. 2.º).

---

[11] Cfr., en general, Allan R. Brewer-Carías, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana,* cit., pp. 11 y 53.

[12] *Gaceta Oficial* n.º 37.305 del 17 de octubre de 2001. Esta ley orgánica sólo derogó expresamente la Ley Orgánica de la Administración Central, cuya última reforma había sido la hecha mediante decreto ley n.º 369 de 14 de septiembre de 1999, en *Gaceta Oficial* n.º 36.850 del 14 de diciembre de 1999. Cfr. Allan R. Brewer-Carías y Rafael Chavero, *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2002.

[13] En cuanto a los dos objetos indicados en los ordinales 1.º y 2.º del artículo 1º de la Ley Orgánica, ésta, en términos generales recogió todos los principios que estudiamos en Allan R. Brewer-Carías, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana,* cit., pp. 35 y ss.

En todo caso, la Ley Orgánica de la Administración Pública trae la siguiente definición de órganos y entes de la Administración Pública, lo que contribuye a precisar el ámbito orgánico de sus regulaciones. De acuerdo con el artículo 15 de la ley, se considera "ente" toda organización administrativa descentralizada funcionalmente con personalidad jurídica propia distinta de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios.

El artículo 15 LOAP define como "órganos" las unidades administrativas "de la República, los estados, los distritos metropolitanos y entes públicos a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo". Curiosamente, en esta enumeración se omitió a los municipios, lo que sin duda fue una inadvertencia involuntaria.

En este parágrafo analizaremos el conjunto de principios que rigen la Administración Pública tal como se han establecido en la Constitución y en la Ley Orgánica. Para ello, estudiaremos sucesivamente los principios fundamentales que rigen respecto de todos los órganos que ejercen el poder público y, por tanto, de los que conforman la Administración Pública; los principios relativos a la actividad de la Administración Pública; los principios relativos a la competencia; los principios y el régimen de la organización administrativa y de la gestión de los órganos y entes públicos; y el régimen de los archivos públicos y de la documentación administrativa.

3. *La administración pública y la personalidad jurídica del estado*

Otro aspecto de interés que debe tenerse en cuenta, al tratar de ubicar la organización administrativa dentro de la organización general del Estado es el relativo a la personalidad jurídica de éste, como antes se ha analizado (*segunda parte*).

Efectivamente, desde el punto de vista internacional, el Estado tiene una personalidad jurídica única, cuando Venezuela, como Estado soberano, tiene relaciones con organismos internacionales o con otros estados. Allí se presenta con una sola personalidad jurídica a nivel internacional, por lo que nadie piensa en la personalidad de un estado de la Federación o de un municipio. Todos los entes del Estado, al contrario, se engloban dentro de una sola personalidad jurídica, que es la personalidad jurídica del Estado en su actuación internacional.

Pero en el ámbito interno, la distribución vertical del poder público derivada de la forma federal del Estado impone la existencia de tres órdenes de personas jurídicas a nivel político territorial (la República, los estados, los municipios)[14]. Sin embargo, aun en estas entidades políticas, la personalidad jurídica de ellas se manifiesta, en realidad, básicamente a través de la actuación de sus respectivas organizaciones administrativas.

En efecto, cuando el Estado decide un conflicto entre partes a través de una decisión judicial adoptada por un tribunal, actúa como un tercero en una relación en la cual no es parte y que se establece entre dos sujetos distintos; el Estado, en esa decisión, lo que hace es resolver un conflicto entre esos sujetos de derecho. En esta actuación, la personalidad del Estado no se manifiesta, porque cuando un tribunal resuelve, por ejemplo, un problema de divorcio, a los divorciados no les afecta o interesa el aspecto de si el Estado tiene o no personalidad jurídica cuando se ha dictado la sentencia respectiva. La personalidad jurídica en esos casos sólo interesa a los efectos de exigir la responsabilidad administrativa de la República, por ejemplo, por retardo o error judicial.

---

[14] Artículo 19. C.C.

Bajo otro ángulo, cuando el Estado (Asamblea Nacional) sanciona una ley, también actúa como un tercero en las relaciones jurídicas que se van a regular. Con la ley, el Estado regula en forma abstracta, general, una serie de relaciones, pero no interviene, por ello, directamente en ellas.

La problemática de la personalidad jurídica del Estado, como consecuencia, no tiene relevancia en su actuación como legislador o juez, salvo en los supuestos en que se plantee la responsabilidad del Estado por acto legislativo o acto judicial.

En cambio, cuando el Estado realiza actividades en función administrativa o de control y pone en marcha su organización administrativa, sí se manifiesta como persona jurídica frente a los particulares. Cuando el Estado compra un bien, contrata una obra pública, otorga o revoca un permiso o impone una sanción, aquí sí se establece una relación directa entre un sujeto de derecho y una de las personas jurídico territoriales del Estado. Por tanto, es a través de su organización administrativa que normalmente éste se manifiesta como persona jurídica. Por eso es muy común que se confunda a la organización administrativa con la personalidad jurídica del Estado, y normalmente, cuando se piensa en el Estado como persona o como sujeto de derecho, se piensa automáticamente en el aparato administrativo: en la Presidencia de la República, en los ministerios, en los entes descentralizados; antes que en los órganos como la Asamblea Nacional o un tribunal. De allí que, como se dijo, la personalidad jurídica del Estado esté tan íntimamente ligada a la noción de organización administrativa[15], aun cuando no se agota en ella.

II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

1. *La organización administrativa y la actividad administrativa*

Otro aspecto que debe tenerse en cuenta es el ya referido relativo a las diversas connotaciones del término Administración Pública (*primera parte,§ 1*). En efecto, cuando normalmente se habla de la Administración Pública, esta expresión puede entenderse en dos sentidos: como una actividad que realiza el Estado (sentido material) o como un conjunto de órganos (sentido orgánico)[16]. Por tanto, no siempre la Administración Pública sugiere la presencia de un conjunto de órganos administrativos, en el sentido de que muchas veces, cuando se habla de Administración Pública, no se apunta a un conjunto de órganos determinados, sino a una actividad del Estado[17]. Cuando se dice que la "Administración Pública funciona mal", no se piensa en que un órgano concreto de la Administración Pública actúa deficientemente, sino, en realidad, en que el conjunto de actividades del Estado es deficientes.

---

[15] Véase ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Derecho administrativo*, t. I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1975, pp. 370 y ss.

[16] *Ibíd.,* pp. 349 y ss.

[17] La Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, en sentencia del 30 de mayo de 1966, al definir la Administración como actividad señaló: "Observa la Corte, que, según el artículo 21 C. de la República, "el gobierno y la Administración de cada Estado corresponde a un gobernador, quien además de Jefe del Ejecutivo del Estado es agente del Ejecutivo nacional en su respectiva circunscripción", En un sentido general, puede definirse el concepto de administración, como aquella actividad del poder público que tiende a conservar y promover los intereses generales, mantener el orden, proteger al ejercicio normal del derecho y facilitar el desenvolvimiento de toda actividad libre dentro de la convivencia social. Está, por tanto, comprendida en el ámbito de la administración, toda función pública que tienda a la conservación, utilización y progreso del patrimonio colectivo". Véase en *Gaceta Forense* n.º 52, 1966, pp. 108 a 113, y también en ALLAN BREWER-CARÍAS, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y estudios de derecho administrativo*, t. I, "Ordenamiento constitucional y funcional del Estado", Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1975, pp. 284 a 288.

Por tanto, la noción de Administración Pública puede ser entendida desde el punto de vista material o desde el punto de vista orgánico. Por supuesto, si el objeto de estudio es la organización administrativa, interesa más esta segunda visión de la Administración Pública: la Administración Pública como conjunto de órganos e instituciones para el cumplimiento de determinados fines.

Dentro de esa noción general de Administración del Estado, o en concreto, de Administración Pública como organización administrativa, como ya lo hemos destacado, debe también tenerse siempre presente que la misma abarca, no sólo a los órganos administrativos nacionales sino también a los estadales y municipales; y dentro de los nacionales, no sólo a los que forman parte de los órganos que ejercen el Ejecutivo nacional en sentido clásico, sino también a todas las Administraciones nacionales que ejercen otros poderes públicos, y a la Administración nacional descentralizada funcionalmente.

2. *La caracterización de la organización administrativa*

A. *Organización administrativa con especificidad territorial y la administración nacional*

Ahora bien, entre las funciones de la organización administrativa está la asegurar la distribución de los órganos del Estado en el territorio. Por ello puede decirse que en el caso de Venezuela, la primera tarea de la organización administrativa es la distribución territorial de órganos del Estado de acuerdo a su forma federal en los tres niveles del poder público indicados: órganos administrativos a nivel nacional, a nivel de cada uno de los estados y a nivel municipal.

Por supuesto, esta distribución territorial no sólo existe y se plantea en los estados federales ya que en los estados unitarios también hay una distribución de órganos en el territorio, sea mediante mecanismos políticos de descentralización territorial como en Colombia, sea mediante sistemas de descentralización funcional o de desconcentración administrativa.

Por ello, la distribución territorial de los órganos del Estado no sólo se da como consecuencia de la descentralización territorial, sino que puede consistir también en una descentralización funcional mediante la creación de entes autónomos para la realización de determinadas actividades en ámbitos territoriales concretos: las corporaciones nacionales de desarrollo regional, como la Corporación Venezolana de Guayana, que actúa como instituto autónomo en una región determinada.

Otro ejemplo de esta función de distribución territorial serían las zonas, regiones o dependencias regionales de los órganos de la Administración central en el territorio del país, establecidas en muchos casos como entidades desconcentradas[18].

Esta primera función de distribución territorial de los órganos del Estado de la organización administrativa se plantea, por tanto, en tres campos: en la organización general del Estado cuando se distribuye territorialmente la Administración nacional, estadal y municipal; en la esfera de la Administración central cuando, por ejemplo un ministerio establece órganos en las diversas partes del territorio; y en el campo de la Administración descentralizada nacional, como es el caso específico de los institutos autónomos que funcionan a nivel regional.

---

[18] En tal sentido es como se orientó la política de regionalización administrativa desarrollada entre 1969 y 1974. Véase el último de los Reglamentos de Regionalización Administrativa dictado por decreto n.° 3128, en *Gaceta Oficial* n.° 2.422 Extra. de 9 de marzo de 1979. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS y NORMA IZQUIERDO CORSER, *Estudios sobre la regionalización en Venezuela*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1977.

B. *Organización administrativa personificada y no personificada*

Otra distinción de la organización administrativa se basa en la personalidad jurídica: hay organizaciones administrativas personificadas y organizaciones administrativas no personificadas. Toda persona jurídica estatal exige, implica y requiere, necesariamente, de una organización, o sea, no hay persona jurídica estatal sin organización. Pero lo contrario no es cierto: no toda organización tiene que tener personalidad jurídica. De ahí que haya organizaciones administrativas con personalidad jurídica y organizaciones administrativas sin personalidad jurídica.

Por ejemplo, un ministerio es una organización administrativa no personificada, por cuanto que no tiene personalidad jurídica; al igual que los "servicios autónomos sin personalidad jurídica", que generalmente se han creado en los ministerios. En cambio, los institutos autónomos son organizaciones administrativas personificadas, con personalidad jurídica propia.

Esta distinción tiene importancia sobre todo en relación con la distinción entre la organización administrativa central y la organización administrativa descentralizada: en el primer caso, en la organización administrativa central, sus órganos no están personificados; en cambio, la organización administrativa descentralizada está siempre personificada, porque como nota característica, la descentralización presupone la asignación de una personalidad jurídica especial, diferente a la de la organización que se descentraliza para el cumplimiento de determinadas tareas.

C. *Organización administrativa central y descentralizada*

Por ello, la tercera distinción que puede hacerse respecto de las diversas formas de organización administrativa es la que distingue la organización de la Administración central de la descentralizada, y que implica, en el segundo caso, la asignación de personalidad jurídica; distinción, que por supuesto, también se da en los tres niveles de la Administración de un Estado federal.

En efecto, a nivel nacional, la Administración central es la que corresponde a la República, como persona político territorial, y está constituida por la Presidencia y los ministerios; y la Administración descentralizada sería la configurada, entre otros entes, por los institutos autónomos y empresas del Estado.

A nivel estadal también hay una organización administrativa central, integrada por la gobernación, y una descentralizada compuesta por los institutos autónomos y empresas del Estado estadales[19]. A nivel local es igual la situación: la organización administrativa central

[19] La Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa en sentencia del 30 de mayo de 1966, al interpretar la normativa constitucional que asigna al gobernador, el gobierno y administración de cada estado (art. 21 C.), concluyó señalando lo siguiente: "La administración encomendada al gobernador en el Estado, ha de ser, pues, directamente dirigida por él, con el auxilio del personal que le corresponde nombrar según el ordinal 29 del artículo 23 *ejusdem*. Y esta intervención directa del gobernador en su gestión administrativa de cuyo buen funcionamiento debe anualmente informar a la Asamblea Legislativa, impide que se creen órganos autónomos en los estados, a quienes se confiere parte de la función administrativa que la Carta Fundamental expresa y directamente confiere en su totalidad al gobernador. En el caso de autos, la Asamblea Legislativa del Estado Táchira ha pretendido crear el 'Instituto Coordinador de Servicios y Obras Comunales del Estado Táchira', como una entidad 'con personería jurídica, patrimonio propio e independencia del Fisco del Estado, cuyos fines son.... Como puede observarse, se trata de una entidad autónoma, diferenciada por completo de la persona del gobernador, cuyo patrimonio está representado en bienes del Estado, y su objeto, según los apartes arriba transcritos, constituyen actividades de evidente carácter administrativo propias del citado funcionario. Por otra parte, conforme a los artículos 3, 4, 5, 7, y 8 de la Ley cuestionada, la administración y dirección del referido Instituto, se pone en manos de un Directorio, y la gestión diaria se encomienda a un Secretario ejecutivo, funcionarios éstos que en el ejercicio de

municipal sería la propia del municipio, a cargo del alcalde; las administraciones locales también pueden tener una Administración descentralizada por ejemplo, institutos autónomos y las empresas públicas municipales[20].

III. LA POTESTAD ORGANIZATIVA

Ahora bien, con relación a la organización administrativa, ante todo debe determinarse quién puede crear órganos administrativos, o sea, quién puede establecer, modificar o extinguir dicha organización[21].

El Estado, dentro de sus diversas potestades tiene, sin duda, la potestad organizativa, o sea, la posibilidad de organizarse a sí mismo. La potestad organizativa es así, una de las potestades o poderes jurídicos del Estado. Entre estos están, por ejemplo, la potestad reglamentaria, mediante la cual puede regular, a través de normas de efectos generales, la conducta de los particulares; la potestad sancionatoria, es decir, la posibilidad de sancionar conductas ilícitas o ilegítimas de los infractores del ordenamiento jurídico; y la potestad expropiatoria, mediante la cual puede adquirir la propiedad en forma forzosa, indemnizando al propietario. Las potestades públicas constituyen para el Estado, situaciones jurídicas constitucionales de carácter general que le permiten actuar frente a los particulares. Dentro de ese conjunto de potestades está, precisamente, la potestad organizativa, es decir, la potestad que tiene el Estado de organizarse a sí mismo.

---

sus gestiones, no mantienen ninguna vinculación con el gobernador, y sobre los cuales éste no posee ningún control. De esta manera el referido Instituto, como entidad autónoma, administraría, por su sola cuenta una parte de los bienes del Estado, sin ninguna intervención del gobernador, lo que significaría que el Instituto compartiría con el gobernador, la función administrativa que la Constitución de la República solamente atribuye a este último, y de la cual él debe dar cuenta anual a la propia Asamblea Legislativa. Tales razones llevan a la Corte a considerar: que si la Carta Fundamental atribuye al gobernador, con carácter exclusivo, la función de administración en el Estado que gobierna; si dentro de esa administración se incluye, sin excepción alguna, la de todos los bienes de dicho Estado y la del situado constitucional; si toda esa administración se encuentra insita dentro de la gestión de gobierno del expresado funcionario, y de ella debe dar cuenta anual a la Asamblea Legislativa, resulta desde todo punto de vista reñida con esa función de administración del gobernador, el hecho de conceder parte de ella a una entidad 'con personería jurídica, patrimonio propio e independiente del Fisco del Estado', como lo es el instituto cuya creación ha sido cuestionada. Estima pues, la Corte, que la existencia del Instituto Coordinador de Servicios y Obras Comunales del Estado Táchira, cuya finalidad implica, según se ha visto el ejercicio de una función administrativa que constitucionalmente compete al gobernador es contraria a lo dispuesto en el artículo 21 C. Por consiguiente, está viciado de nulidad el artículo 19 de la Ley, que crea dicho Organismo, y, por ende, todo el estatuto legal que lo pretende regir". Véase en *Gaceta Forense*, n.° 52, Caracas, Ministerio de Justicia, 1966, pp. 108 a 113; y en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y estudios de derecho administrativo*, t. I, "Ordenamiento constitucional y funcional del Estado", cit., pp. 284 y ss. La interpretación de la Corte parece excesiva: en el caso considerado, la nulidad de la Ley procedía, pues no preveía ningún control de tutela por parte del gobernador respecto del instituto autónomo que creaba. El instituto, materialmente, se hacía depender de la Asamblea Legislativa, lo que configuraba una usurpación de funciones. Pero, realmente, el hecho de que la Constitución atribuya al gobernador competencia en materia de administración del estado no excluye, *per se* la posibilidad de que se creen entes descentralizados sometidos a la tutela del gobernador.

20 Sobre la posibilidad de los municipios de crear entes descentralizados bajo el marco de la Constitución de 1961, cfr. las apreciaciones de ANTONIO MOLES CAUBET, "Los límites a la Autonomía Municipal", *Revista de la Facultad de Derecho,* n.° 26, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1963, pp. 10 y ss. La Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989, sin embargo, resolvió definitivamente el problema permitiendo a los municipios crear entes descentralizados. En igual sentido se establece en el art. 72 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2005, *Gaceta Oficial* n.º 38.204 del 8 de junio de 2005.

21 Cfr., en general, ENRIQUE RIVERO YSERN, "Potestad Organizatoria y Actividad Organizativa", en *Documentación Administrativa,* n.° 153, Madrid, 1973, pp. 7 a 39.

1. *Las previsiones constitucionales*

La regulación básica respecto de la potestad organizativa del Estado está en la propia Constitución. En este texto, en efecto, se puede distinguir una serie de normas y previsiones relativas a la organización administrativa y a la potestad organizativa.

La primera de las normas que es necesario destacar en las previsiones constitucionales sobre la potestad organizativa, es la que se refiere a la forma del Estado en Venezuela, derivada del sistema de distribución vertical del poder público: Venezuela no es un Estado Unitario, sino un Estado federal, como lo señala el artículo 4 C.: "La República Bolivariana de Venezuela es un Estado federal descentralizado en los términos consagrados por esta Constitución".

Siendo, por tanto, el Estado venezolano un Estado federal, es el texto constitucional el que establece las peculiaridades de dicha Federación. Por tanto, es en la Constitución donde deben ubicarse las normas genéricas sobre la potestad organizativa que corresponden a los diversos niveles de la Federación y, por tanto, a las diversas Administraciones que existen en el Estado.

Ahora bien, hay que tener presente que, precisamente, una de las grandes diferencias que hay entre un Estado unitario y un Estado federal está en la organización administrativa, pues en un Estado federal hay más de una Administración; en general, hay al menos tres Administraciones Públicas, según los tres niveles que existan: nacional, estadal y municipal. En cambio, en un Estado unitario, en principio, habría una sola organización administrativa, salvo, en particular, los que deriven de procesos de descentralización política y de los niveles locales, como ocurre en los estados unitarios descentralizados como Colombia.

Por tanto, una de las características del Estado venezolano es que tiene tres niveles de organización administrativa y, por tanto, tres niveles de Administración Pública como consecuencia de la distribución vertical del poder público en el poder municipal, el poder estadal y el poder nacional (art. 136). Analizaremos a continuación las normas constitucionales relativas a esos tres niveles, para situar luego los principios básicos de su organización.

A. *Normas en el ámbito nacional*

El artículo 225 C. establece que el poder ejecutivo se ejerce por el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, los ministros y demás funcionarios que determinen la Constitución y la ley; el Presidente de la República, agrega la Carta Fundamental, "es el jefe del Estado y del Ejecutivo nacional, en cuya condición dirige la acción del Gobierno" (art. 226).

Esta norma plantea el doble carácter de las competencias del Presidente de la República: competencias de orden político, nacional e internacional, como Jefe del Estado; y competencias de orden administrativo, y también político gubernamental, como Jefe del Ejecutivo nacional.

Pero aparte de esto, al señalar la Constitución que el poder ejecutivo se ejerce por el Presidente, el Vicepresidente Ejecutivo y los ministros, éstos como "órganos directos del Presidente" (art. 242), está estableciendo, a nivel nacional, diversas instituciones de carácter constitucional: la Presidencia de la República, la Vicepresidencia Ejecutiva y los ministerios. Mas agrega el texto constitucional, que el poder ejecutivo se ejerce, también, por "los demás funcionarios que determinen esta Constitución y las leyes", con lo que se prevé otra serie de órganos que forman parte de la organización administrativa nacional, como "Ejecutivo nacional" según la expresión del Texto Fundamental, y entre ellos la Procuradu-

ría General de la República a la cual, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 247 C., le corresponde defender y representar judicial o extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República.

Además de estos órganos, como se dijo, en el ámbito nacional existe otra serie de administraciones públicas como organizaciones que ejercen otros poderes públicos, conforme a la penta división del poder público, con independencia y autonomía funcional. Se trata de los órganos que ejercen el poder ciudadano y el poder electoral, y de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia, que ejerce el poder judicial.

En efecto, en cuanto a los órganos que ejercen el poder ciudadano, está la Contraloría General de la República, a la cual corresponde controlar la Administración Pública, siendo por tanto el órgano "de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos" (art. 287). Está también, como órgano que ejerce el poder ciudadano, el ministerio Público, bajo la dirección y responsabilidad del Fiscal General de la República (art. 284), con amplias competencias relativas, entre otras, a garantizar la adecuada marcha de la Administración de justicia y los procesos judiciales (art. 285). Además, está la Defensoría del Pueblo, a cargo de la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías constitucionales (art. 280).

En cuanto al poder electoral, su ejercicio está a cargo del Consejo Nacional Electoral, como ente rector y por diversos órganos subordinados (Junta Electoral Nacional, Comisión de Registro Civil y Electoral y Comisión de Participación Política y Financiamiento) (art. 292).

Además de estos órganos, también se encuentra prevista en la Constitución la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, como el órgano a través del cual el Tribunal Supremo de Justicia ejerce la dirección, el gobierno y la administración del poder judicial, así como la inspección y vigilancia de los tribunales y de las defensorías públicas (art. 267)[22].

Otro conjunto de órganos que también están integrados a la Administración Pública nacional son los entes descentralizados funcionalmente. Entre ellos está la figura de los institutos autónomos (entes descentralizados con forma jurídica de derecho público) la cual tiene carácter constitucional. Respecto de ellos, el artículo 142 C. prevé que "sólo podrán crearse por ley".

B. *Normas en el ámbito estadal*

La Constitución también establece el fundamento de la organización respecto a la Administración Pública estadal. En efecto, en el campo de los estados prevé, en el artículo 159, que éstos "son entidades autónomas e iguales en lo político, con personalidad jurídica plena"; y en el artículo 160 agrega que "el gobierno y la administración de cada Estado corresponde a un gobernador".

---

22. Debe recordarse que bajo la vigencia de la Constitución de 1961, otro organismo con autonomía funcional que existió dentro de la Administración Pública, fue la Comisión Investigadora contra el Enriquecimiento Ilícito, creado, al igual que el Consejo Supremo Electoral, mediante ley, en este caso, la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados públicos, posteriormente derogada. La Constitución no regulaba estos órganos, por lo que se trataba de organizaciones de rango legal. Sin embargo, al Consejo Supremo Electoral se le ha asignado, en la legislación, una jerarquía administrativa similar a la Fiscalía General de la República, a la Contraloría General de la República y al Consejo de la Judicatura; al preverse que sus actos, al igual que los de estos últimos, eran recurribles ante la Corte Suprema de Justicia conforme lo previsto en el artículo 42.12 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, *Gaceta Oficial* n.° 1893, Extra. del 30 de julio de 1976. En cambio, los actos de la desaparecida Comisión Investigadora contra el Enriquecimiento Ilícito, al no incluirse en la citada norma de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, sólo eran recurribles ante la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo conforme al artículo 185.3 de la mencionada Ley.

Conforme a estas previsiones, a nivel de cada estado hay una Administración Pública central estadal y un gobierno estadal a cargo de un gobernador, en torno al cual se conforma la estructura básica de la Administración Pública en ese nivel. Además, en cada estado existe una contraloría estadal, que se configura como parte de la Administración Pública no dependiente de los órganos ejecutivos, por tanto, con autonomía orgánica y funcional (art. 163).

C. *Normas en el ámbito municipal*

En el campo de los municipios, la Constitución también prevé, en el artículo 168, que son "la unidad política primaria de la organización nacional [y] gozan de personalidad jurídica", y agrega, además, en el artículo 178, que corresponde a cada municipio el gobierno y administración de sus intereses y la gestión de las materias que se le asignan en cuanto concierne a la vida local.

Ha sido tradicional que los municipios tengan una organización administrativa uniforme, lo cual lamentablemente ha sido una característica de la organización municipal; sin embargo, la Constitución prevé que la ley puede establecer diferentes regímenes para la organización, gobierno y administración de los municipios (art. 169), lo cual también lamentablemente no se hizo realidad en la Ley Orgánica de Régimen Municipal dictada desde 1978, ni en las reformas de 1984, 1988 y 1989; ni en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2005[23], pues en ellas básicamente se continuó la tradición uniformista de la organización municipal, la cual se ha rigidizado en la Constitución de 1999.

Así, todos los municipios, grandes, pequeños, rurales y urbanos han tenido la misma conformación: un alcalde, como autoridad administrativa y de gobierno municipal, y un concejo municipal, integrado por un número variable de concejales según la población[24]. El sentido de la norma del artículo 169 C. es que la ley puede establecer distintos regímenes para la organización, gobierno y administración de los municipios, atendiendo a las condiciones de población, desarrollo económico, capacidad para generar ingresos fiscales propios, situación geográfica, elementos históricos y culturales y otros factores relevantes, lo cual espera desarrollo legislativo. La Ley Orgánica del Poder Público Municipal, en esta materia, lo único que hizo fue reenviar la regulación en la materia a los niveles territoriales estadales y municipales, al disponer en su artículo 47:

> La legislación municipal que desarrollen los consejos legislativos y los concejos municipales, deberá establecer diferentes regímenes para la organización, gobierno y administración de los municipios, incluso en lo que respecta a la determinación de sus competencias y recursos, atendiendo a las condiciones de población, desarrollo económico, capacidad para generar ingresos fiscales propios, situación geográfica, elementos históricos y culturales y otros factores relevantes; así como las opciones para la organización del régimen de gobierno y administración democrática que corresponda a los municipios indígenas y a los municipios con población indígena, de acuerdo a la naturaleza del gobierno local y las características de la entidad federal respectiva.

2. *La reserva en materia de organización en los diversos poderes territoriales*

A nivel constitucional, por tanto, siendo las previsiones sobre organización administrativa las antes señaladas, una consecuencia fundamental se puede extraer de estas previ-

---

23 *Gaceta Oficial* n.º 38.204 del 8 de junio de 2005.

24 Artículos 84 y 92 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2005, *Gaceta Oficial* n.º 38.204 del 8 de junio de 2005.

siones constitucionales, y es que, como hay tres niveles de régimen jurídico sobre la organización, el texto constitucional prevé, en muchos casos, una exclusividad, en su establecimiento y regulación, a favor de uno de dichos niveles: así, hay determinadas organizaciones que sólo pueden ser reguladas por el nivel nacional o que sólo pueden ser reguladas por el nivel estadal. Se impone, por tanto, el estudio de estas reservas.

Hay, por tanto, ciertas reservas en la Constitución, en materia de organización administrativa, a favor de las ramas nacional y estadal del poder público, no teniendo la rama municipal reserva constitucional de organización.

A. *Las reservas al poder nacional*

A nivel nacional, el artículo 156 C. asigna diversas competencias al poder nacional, y dentro de ellas, deben destacarse las relacionadas con la organización administrativa.

En este sentido, por ejemplo, el ordinal 8.° de dicho artículo establece, que es de la competencia nacional, "la organización y régimen de la Fuerza Armada nacional".

Además, el ordinal 10.º de la norma le atribuye competencia en "la organización y régimen del Distrito Capital y de las dependencias federales"; pero en general, el artículo 16 C. dispone que la división político territorial será regulada por ley orgánica. En igual sentido, los artículos 16, 17 y 18 C. remiten el establecimiento del régimen de la organización de esas entidades federales a una ley orgánica o a una ley.

Todas estas previsiones constituyen una reserva en materia de organización administrativa, de manera que sólo el poder nacional puede dictar normas para organizar las diversas referidas entidades políticas federales: el Distrito Capital, los territorios y las dependencias federales. Esto significa que no podría establecerse a otros niveles, ningún tipo de organización en relación con estos entes territoriales.

Por otra parte, se destaca que el artículo 162 C. le atribuye al legislador nacional el régimen de la organización y el funcionamiento de los consejos legislativos estadales; y que el artículo 169 C. dispone que la organización de los municipios y demás entidades locales se regirá además de por la Constitución, por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las leyes orgánicas nacionales. También debe mencionarse la atribución que ha originado la asunción por el poder nacional de la competencia para disponer la forma de elección de los contralores estadales (art. 163)[25].

Igualmente se destaca la reserva al poder nacional, de acuerdo con el artículo 136.8 C., en materia de organización, recaudación y control de impuestos nacionales a la renta, el capital y otros. Es decir que todo lo que se refiere a la organización de la administración de los tributos nacionales corresponde al poder nacional.

A su vez, los ordinales 12.° y 14.º de dicho artículo establecen, también, como competencia del poder nacional, la organización y control de los impuestos nacionales y territoriales, y el ordinal 15.º se refiere a "la organización y régimen de las aduanas". Por tanto, el régimen organizativo de dichos impuestos y de las aduanas corresponde sólo al poder nacional.

Es asimismo reserva del poder nacional, "el régimen y organización del sistema de seguridad social", según lo previsto en el artículo 156.22 C., así como "la organización y administración nacional de la justicia", de conformidad con el ordinal 31 del mismo artículo.

---

[25] Véase la Ley para la designación y destitución del contralor o contralora del estado, *Gaceta Oficial* n.º 37.305 del 17 de octubre de 2001.

Por último, el ordinal 32 atribuye al poder nacional competencia en cuanto a la "organización y funcionamiento de los órganos del poder público nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional".

Como consecuencia, en estos casos encontramos referencias concretas de reservas que se establecen en la Constitución a favor del poder nacional, en materia de organización. Como puede observarse, estas reservas responden a la naturaleza de las actividades que son propias del ámbito nacional. Sin duda, aquí también habría que agregar la referencia del artículo 156.33 C., que establece que es de la competencia del poder nacional, toda otra materia que le corresponda por su índole o naturaleza. Por tanto, si por la índole o naturaleza de una actividad, ésta le corresponde al ámbito nacional, la organización administrativa que corresponda a esa materia también está implícitamente reservada al poder nacional.

B. *Las reservas al poder estadal*

La reserva en materia de organización también la encontramos en el nivel estadal. Por ejemplo, el artículo 164.1 C. señala expresamente, que es de la competencia de cada estado "organizar los poderes públicos" y, entre sus poderes públicos, que son el legislativo y el ejecutivo, por supuesto, se incluye la organización de los órganos de su poder ejecutivo (Administración Pública central estadal). Esta reserva estadal implica que una ley nacional no puede establecer la organización administrativa de un determinado estado de la República[26].

Por otra parte, el artículo 164.2 C. le atribuye a los estados la competencia exclusiva para "la organización de sus municipios y demás entidades locales", aun cuando "conforme a esta Constitución y a la ley". Como consecuencia, la organización administrativa municipal, la cual constituye el tercer nivel en la escala federal, está compartida entre el poder nacional y el de los estados. Por tanto, los municipios, en Venezuela, no tienen una completa potestad de autoorganización, pues básicamente la regulación de la organización municipal corresponde al legislador nacional y a las leyes del estado del cual forman parte; y sólo pueden dictar normas de organización en los términos que se prevén en la ley orgánica nacional y en las leyes estadales. Sin duda, esto constituye un límite a la autonomía municipal, porque la autonomía, además de autonormación, debería implicar, también, la autoorganización.

Otras referencias a la organización administrativa en el nivel estadal están en el mismo artículo 164 C. En efecto, los ordinales 4.º y 7.º establecen la competencia de los estados en la organización, recaudación, control y administración de los ramos tributarios propios y de los ramos de papel sellado, timbres y estampillas; y el ordinal 6.º establece que es de la competencia de cada estado "la organización de la policía y la determinación de las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal" aun cuando "conforme a la legislación nacional aplicable". Además, el ordinal 8.º le atribuye a los estados competencia en materia de "creación, régimen y organización de los servicios públicos estadales".

Como conclusión puede señalarse que, en esta materia de reservas en el campo de organización administrativa, las de carácter constitucionales están limitadas al nivel nacional y al nivel estadal, y no hay, materialmente, ningún ámbito de organización administrativa reservado en la Constitución al poder local. El poder municipal no tiene, por tanto, constitucionalmente, ningún elemento referente a su organización que se le haya reservado a su competencia.

---

26 Por ello, en otro aspecto, ha sido la Constitución la que atribuyó al poder nacional poder para dictar una ley nacional para regular la organización y funcionamiento de los consejos legislativos estadales. Cfr., la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos Estadales, *Gaceta Oficial* n.º 37.282 del 13 de septiembre de 2001.

Hasta tal punto esto es así que como señalado, la propia Constitución establece, en el artículo 169, que "la organización de los municipios y demás entidades locales se regirá por esta Constitución, por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las leyes orgánicas nacionales y por las disposiciones legales que en conformidad con aquéllas dicten los estados". Esta norma confirma una vez más lo que señala el artículo 164 C.: que no hay una completa potestad organizativa a nivel local, sino que la organización local corresponde a lo que prevé la Constitución, a lo que establece la Ley Orgánica del Poder Público Municipal dictada a nivel nacional (2005), y a lo que establezcan los estados en sus leyes relativas a sus poderes municipales, aún por ser dictadas.

3. *La reserva legal en materia de organización a los diversos poderes*

Hay otro elemento vinculado a la potestad organizativa que es necesario destacar, y es el referente a las reservas que en materia de organización se establecen constitucionalmente al legislador nacional o estadal, o al Ejecutivo nacional.

Ciertamente, hasta ahora se ha analizado lo que la Constitución reserva al poder nacional en un determinado ámbito de la organización administrativa, y al poder estadal, en otro ámbito de la misma. Pero para concretar más la asignación de competencias en el campo de la organización es necesario determinar a favor de cuáles órganos, en concreto, se establece la reserva dentro del ámbito nacional o estadal.

Cuando la Constitución señala, por ejemplo, que corresponde al poder nacional la organización del distrito capital, o cuando se prevé que corresponde a los estados la organización de sus municipios, efectivamente, ¿a cuál de los órganos del poder público se reserva esta potestad organizativa? ¿Al órgano legislativo o al poder ejecutivo? En el nivel estadal, por ejemplo, ¿la potestad organizativa corresponde al consejo legislativo o al gobernador?

De esto resulta que hay un tercer elemento ligado a las previsiones constitucionales en materia de potestad organizativa, y es el referente a la reserva legal que la propia Constitución establece en materia de organización. En general, puede señalarse que la Constitución reserva la potestad organizativa a los órganos legislativos: al legislador nacional o al estadal, con excepción de lo que se refiere a la organización de los ministerios, que se atribuye al Presidente de la República.

A. *La reserva legal en el ámbito nacional y su excepción en cuanto a la organización ministerial*

a. *La administración pública que ejerce el poder ejecutivo nacional*

En efecto, planteado el problema en el ámbito nacional, se observa que hay una reserva legal en materia de organización administrativa prevista en el artículo 225 C. cuando dispone que el poder ejecutivo se ejerce por el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, los ministros y demás "funcionarios que determinen esta Constitución y la ley". Esto significa que sólo pueden ejercer el poder ejecutivo los órganos que estén determinados en una ley.

Un reglamento, por tanto, no podría crear un órgano que no esté integrado en la Administración ministerial, por ejemplo, y que ejerza efectivamente el poder ejecutivo, sino que necesariamente ese órgano, si está fuera de lo organización ministerial, debe ser creado y regulado por una ley de la República. En otras palabras, sólo la ley puede ser la que establezca qué órganos pueden ejercer el poder ejecutivo; y la competencia atribuida al Presidente de la República para determinar la organización ministerial no excluye la competencia del legislador en la materia.

b. *La administración pública central*

En lo que se refiere a la Administración Pública central, como se ha dicho, el artículo 236.20 C. atribuye al Presidente de la República competencia para "fijar el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública nacional, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos señalados por la correspondiente ley orgánica"[27].

La organización ministerial, por tanto, pasó, de ser una competencia que la Constitución de 1961 reservaba a la ley orgánica, a ser una competencia atribuida al Presidente de la República en Consejo de Ministros, que por supuesto debe ejercer con sujeción a los principios y lineamientos que se dispongan en la Ley Orgánica de la Administración Pública.

En cambio, en la Constitución de 1961 se trataba de una materia que se reservaba a la ley orgánica, y no solo a una ley ordinaria, en cuanto a la determinación del número y organización de ministerios y su respectiva competencia, así como también en cuanto a la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros. Por tanto, el Consejo de Ministros y los ministerios sólo podían ser organizados y regulados por el legislador, lo que implicaba que no podía crearse un ministerio por decreto ejecutivo. Sólo por vía excepcional, en caso de urgencia comprobada y en caso de receso del Congreso, el Presidente de la República, por decreto ley, podía crear un ministerio en tanto que servicio público en sentido orgánico (C. 1961, arts. 190.11 y 179.59), lo cual confirmaba la reserva legal.

En la Constitución de 1999, en cambio, se ha flexibilizado el tratamiento de la organización ministerial, atribuyéndose al Presidente de la República la competencia para fijar el número de ministerios, y establecer su organización y competencia, conforme a los principios y lineamientos determinados en la ley orgánica. Los decretos del Presidente de la República en materia de fijación del número, organización y competencias de los ministerios tienen carácter de decretos leyes, pues modifican las leyes relativas a tales competencias; decretos mediante los cuales, sin embargo, no se pueden modificar otras leyes sustantivas. Los decretos orgánicos dictados en ejecución del decreto de organización ministerial, por otra parte, no tienen tal carácter de rango legal. Lamentablemente, sin embargo, la flexibilización que buscó la Constitución, conducida por la improvisación (ausencia de planificación administrativa), ha implicado una inflación burocrática que en los últimos años (2002-2005) ha doblado el número de ministerios.

c. *La administración pública descentralizada*

En cuanto a la Administración Pública nacional descentralizada, también hay una reserva legal de importancia, al establecer el artículo 142 C. que sólo por ley pueden crearse institutos autónomos, por lo que la potestad organizativa en el campo de los institutos autónomos corresponde exclusivamente al poder legislativo. No pueden crearse, como consecuencia, institutos autónomos por decreto, porque se trata de un ámbito de reserva legal.

---

27 Ley Orgánica de la Administración Pública, ley n.º 40, *Gaceta Oficial* n.º 37.305 del 17 de octubre de 2001. El primer decreto sobre organización ministerial fue el n.º 1475 de 17 de octubre de 2001 sobre organización y funcionamiento de la Administración Pública central, *Gaceta Oficial* n.º 37.305 de 17 de octubre de 2001, el cual ha sido reformado en múltiples oportunidades, sin que las trasformaciones de los ministerios hubieran obedecido a planificación alguna. Véase el decreto n.º 3570 del 8 de abril de 2005, *Gaceta Oficial* n.º 38162 del 8 de abril de 2005.

d. *La administración pública cuyos órganos ejercen otros poderes públicos*

En el campo de la Administración Pública nacional cuyos órganos ejercen los poderes ciudadano, electoral y judicial, también se consagran diversos ámbitos de reserva legal, en cuanto a la organización administrativa.

En efecto, el artículo 273 C. remite a la ley la regulación sobre "la organización y funcionamiento" de los órganos del poder ciudadano; lo que se reafirma en los artículos 283 (Defensor del Pueblo), 286 (ministerio público), y 290 (Contralor General de la República), en el sentido de que sólo la ley puede establecer la organización y funcionamiento de dichos órganos.

Otra disposición similar es la que se refiere a la organización y funcionamiento del Consejo Nacional Electoral y de los otros órganos que ejercen el poder electoral, que remite a la ley orgánica respectiva (art. 292). Igualmente, en cuanto a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia, la misma debe estar regulada en la ley (art. 262), de manera que sólo la ley podría establecer la organización de esta institución, y todos los mecanismos relativos a la administración de justicia. En esta materia, sin embargo, la omisión legislativa ha sido manifiesta, y sólo fue en 2004 cuando se legisló parcialmente al respecto mediante la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

e. *Las administraciones públicas territoriales y federales*

Por último, la Constitución también reserva a la ley, y en particular a la ley orgánica, la organización del distrito capital, de los territorios federales y de las dependencias federales (arts. 16, 17 y 18), con la única indicación de que en las dos primeras organizaciones políticas debe dejarse a salvo la autonomía municipal. Al sancionarse la Constitución de 1999, sin embargo, ya no había en Venezuela territorios federales, y las dependencias federales conformadas por las islas del mar Caribe, seguían reguladas por la vieja Ley Orgánica de 1938.

B. *La reserva legal en el ámbito estadal*

En cuanto a los ámbitos estadales y municipales, o básicamente, al ámbito estadal, que es donde está situada la reserva en materia de organización, debemos hacernos la misma pregunta: cuando la Constitución reserva al estado la organización de sus poderes y la organización de sus municipios, en concreto, ¿a cuál órgano le atribuye el ejercicio de la potestad organizativa? ¿Al gobernador o al consejo legislativo? La respuesta a esta pregunta resulta del texto del artículo 162 C. que determina, entre las atribuciones de estos, el "legislar sobre las materias de competencia estadal" (ord. 1.º), y entre las materias de competencia estadal está la organización de sus poderes y la organización de sus municipios (art. 164.1 y 2), Por tanto, la potestad organizativa de los poderes públicos estadales y de los municipios de cada estado corresponde al respectivo consejo legislativo, particularmente mediante la sanción de las Constituciones estadales.

Como consecuencia de todo lo anterior, se puede concluir señalando que la potestad organizativa corresponde, en general, al órgano que ejerce el poder legislativo, tanto a nivel nacional como a nivel estadal; con la sola excepción de la competencia para fijar el número, competencias y organización de los ministerios que conforman el Ejecutivo nacional, lo cual corresponde al Presidente de la República.

4. *El régimen de la reserva en la ley orgánica de la administración pública*

A. *La reserva legal en la asignación de la titularidad de la potestad organizativa*

De acuerdo con el artículo 15 LOAP los órganos y entes de la Administración Pública se crean, modifican y suprimen por los titulares de la potestad organizativa, conforme a lo establecido en la Constitución y la ley, por lo que sólo estos instrumentos pueden asignar la titularidad de la potestad organizativa[28].

En cuanto a la Constitución, esta atribuye a la Asamblea Nacional potestad organizativa respecto de la Administración Pública nacional, al asignarle la competencia genérica para legislar "en las materias de la competencia nacional" (art. 187.9), definiendo el artículo 156 como de la competencia del poder público nacional las siguientes materias que tienen relación con la organización de la Administración Pública en sentido general: 8. La organización de la Fuerza Armada; 10. La organización del distrito capital y de las dependencias federales; 31. La organización y administración nacional de la justicia, del ministerio Público y de la Defensoría del Pueblo; y 32. La organización de los órganos del poder público nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado.

Además, expresamente se le atribuye a la Asamblea Nacional competencia en materia de organización administrativa respecto de otros órganos del poder público nacional como los del poder ciudadano, en general, (art. 273), y en particular la Contraloría General de la República (art. 290); los del poder electoral (art. 292), y la Procuraduría General de la República (art. 247) que está integrada del poder ejecutivo nacional.

La Asamblea Nacional también tiene atribuida la titularidad de la potestad organizativa en materia de organización de los municipios y demás entidades locales, con la obligación de establecer diferentes regímenes para dicha organización (art. 169).

La Constitución, por otra parte, en relación con la Administración Pública nacional, estableció la reserva legal sólo en relación con la creación de los institutos autónomos (art. 142); pero en cuanto a la organización de la Administración Pública nacional centralizada, particularmente en lo que se refiere al número de ministerios, su organización y competencia, asignó la potestad organizativa al Presidente de la República en Consejo de Ministros, "dentro de los principios y lineamientos" señalados en la ley orgánica (art. 236.20).

B. *La titularidad para la organización de la administración pública central nacional*

En efecto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 236.20 C., corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros, fijar el número, organización y competencia de los ministerios y la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos que señale la correspondiente ley orgánica.

Como se ha dicho, en esta forma se varió de manera sustancial el sistema de la Constitución de 1961, que seguía la tradición constitucional iniciada desde el siglo XIX, y que rigidizaba la organización ministerial que sólo la ley podía determinar (art. 193).

En desarrollo de esta potestad organizativa de rango constitucional atribuida al Presidente de la República en Consejo de Ministros, el artículo 58 LOAP le atribuye la facultad para fijar, mediante decreto, "el número, denominación, competencia y organización de los

---

[28] Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana*, cit., pp. 21 y ss.

ministerios y otros órganos de la Administración Pública nacional, con base en parámetros de adaptabilidad de las estructuras administrativas a las políticas públicas que desarrolla el poder ejecutivo nacional y en los principios de organización y funcionamiento establecidos en la presente ley".

Conforme a esta atribución, desde 2001[29], luego de sancionarse la ley Orgánica, se han dictado sucesivamente decretos de organización ministerial, con enumeración de competencias de los ministerios. Los decretos se han modificado muchas veces en el último lustro, aumentándose sucesivamente el número de ministerios, sin planificación administrativa alguna[30]

En los decretos, además, se ha establecido la estructura organizativa básica de cada ministerio, integrada por el despacho del ministro y los despachos de los viceministros; estando estos últimos integrados en orden jerárquico descendente así: Direcciones Generales, Direcciones de línea y Divisiones (arts. 16 y 17).

Cada ministerio, en todo caso, ha sido objeto de regulación, en cuanto a su organización detallada, de un Reglamento Orgánico dictado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, "previa propuesta del respectivo Ministro" (art. 18), en el cual se ha determinado la estructura y las funciones de los viceministros y de las demás dependencias que integran cada ministerio (art. 17, LOAP).

C. *Requisitos para la creación y modificación de órganos y entes*

En todo caso, el artículo 16 LOAP ha dispuesto que la creación de órganos y entes administrativos esta sujeta al cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Indicación de su finalidad y delimitación de sus competencias o atribuciones.
2. Determinación de su forma organizativa, su ubicación en la estructura de la Administración Pública y su adscripción funcional y administrativa.
3. Previsión de las partidas y créditos presupuestarios necesarios para su funcionamiento. En las correspondientes leyes de presupuesto se deben establecer partidas destinadas al financiamiento de las reformas organizativas que se programen en los órganos y entes de la Administración Pública.

La supresión o modificación de órganos y entes administrativos se debe adoptar mediante actos que gocen de rango normativo igual o superior al de aquéllos que determinaron su creación o última modificación.

Además, conforme al artículo 58 LOAP, el reglamento de la misma debe determinar el órgano que debe velar por la consistencia de la organización de los ministerios y otros órganos de la Administración Pública nacional. Esta fue, en su tiempo, la función que ejerció la Comisión de Administración Pública de la Presidencia de la República (1958-1974)[31].

D. *La organización administrativa y el presupuesto*

Un último aspecto debe destacarse en relación con el tema de la potestad organizativa, y es el que se refiere a la relación entre la organización administrativa y el presupuesto, muy vinculado al aspecto señalado de la reserva legal en esta materia.

---

29 Véase decreto n.º 1.475 del 17 de octubre de 2001, *Gaceta Oficial* n.º 37.305 del 17 de octubre de 2001.

30 El decreto n.º 3570 del 8 de abril de 2005 contemplaba 22 ministerios, *Gaceta Oficial* n.º 38.162 del 8 de abril de 2005.

31 Cfr. *Informe sobre la Reforma de la Administración Pública nacional,* Caracas, Comisión de Administración Pública, 1972.

De hecho, para que una organización actúe, no basta que una ley cree el órgano, por ejemplo, un instituto autónomo, o que lo establezca el decreto presidencial en el caso de los ministerios; debe además disponerse la forma cómo se va a estructurar y qué tipo de recursos financieros se le van a asignar. Hay, por tanto, una íntima y estrecha relación entre la organización administrativa y la asignación de recursos financieros.

La misma Constitución, en el artículo 314, establece el principio de la legalidad del gasto al disponer, que "no se hará ningún tipo de gasto que no haya sido previsto en la ley de presupuesto". Por tanto, por cuanto el ejercicio de la potestad organizativa implica gasto, para que una organización administrativa pueda entrar efectivamente en funcionamiento debe haber una previsión presupuestaria, sea por la vía del presupuesto ordinario anual, o por una modificación presupuestaria establecida por la vía del crédito adicional (art. 314). Por ello, el artículo 52 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector público reserva a la Asamblea Nacional, a solicitud del Ejecutivo nacional, las modificaciones que aumenten el monto total del presupuesto de gastos de la República, para las cuales se deben tramitar los respectivos créditos adicionales.

Esta relación entre organización administrativa, particularmente la ministerial, y el presupuesto, bajo la vigencia de la Constitución de 1961 que exigía que la creación de ministerios sólo se efectuara por ley, se planteó con carácter general en la reforma administrativa efectuada en 1976, al promulgarse la Ley Orgánica de la Administración central del 28 de diciembre de 1976, mediante la cual se crearon una serie de nuevos ministerios[32], los cuales no pudieron entrar en funcionamiento de inmediato pues la Ley de presupuesto para 1977 había entrado en vigencia con la organización administrativa ministerial anterior. Por tanto, para poder estructurar los nuevos ministerios se hizo necesario modificar la ley de presupuesto a través de la utilización del crédito adicional, mediante la declaración de una serie de partidas como insubsistentes[33].

A partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, como se ha visto, corresponde al Presidente de la República fijar el número de ministerios y determinar su organización y competencias. Sin embargo, el efecto presupuestario sigue siendo el mismo, en el sentido de que toda modificación de la estructura ministerial implica una modificación presupuestaria.

En tal sentido, la propia Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público[34] dispone que en los presupuestos se deben indicar "las unidades administrativas que tengan a su cargo la producción de bienes y servicios prevista" (art. 17), por lo que el proyecto de ley de presupuesto anual debe contener las modificaciones en la estructura administrativa que hayan sido decretadas en el transcurso del año anterior. Ello implica que el proyecto de ley de presupuesto debería reflejar una determinada organización administrativa, establecida formalmente, por lo que la ley de presupuesto no podría ser fuente de modificaciones a la organización administrativa[35].

Todas estas normas de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público deben tenerse en cuenta al considerar la potestad organizativa, por cuanto la creación de una organización no tendría mayor relevancia si no se realiza, paralelamente, la previsión de recursos financieros para su funcionamiento.

---

32 Véase en *Gaceta Oficial* n.° 1.932, Extra. del 28 de diciembre de 1976.

33 Véase decreto n.° 2.074 de 22 de marzo de 1977, *Gaceta Oficial* n.° 1.999, Extra. del 22 de marzo de 1977.

34 Véase en *Gaceta Oficial* n.° *G.O.* nº 38.198 de 31 de mayo de 2005.

35 Cfr. lo expuesto en *Informe sobre la Reforma de la Administración Pública nacional*, t. I, Caracas, Comisión de Administración Pública, 1972, pp. 481 y ss., y 530 y ss.

Por su parte, la Ley Orgánica de la Administración Pública también ha establecido el principio de la previsión financiera en la organización administrativa, al disponer que no pueden crearse nuevos órganos que supongan duplicación de otros ya existentes si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de éstos (art. 16).

Además, tampoco podrían crearse nuevos órganos o entes en la Administración Pública que impliquen un aumento en el gasto recurrente de la República, los estados, los distritos metropolitanos o de los municipios, sin que se creen o prevean nuevas fuentes de ingresos ordinarios de igual o mayor magnitud a la necesaria para permitir su funcionamiento (art. 17).

IV. LOS PRINCIPIOS RELATIVOS A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA LEY ORGÁNICA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Los principios fundamentales relativos a la Administración Pública se pueden agrupar según se refieran a la organización administrativa o a la actividad administrativa, estando entre los últimos el principio de legalidad, el principio de la responsabilidad de los funcionarios y del Estado, y el principio de finalidad de la Administración Pública. En cuanto a los principios relativos a la organización, se destacan el de la competencia, que se analiza detenidamente más adelante (*segunda parte § 10*), y los de la jerarquía, la coordinación, la cooperación, la lealtad institucional y la información.

1. *El principio de jerarquía*

La jerarquía es el principio jurídico de mayor relevancia de la organización administrativa, vinculado al principio de la competencia ya que implica la distribución de ésta por razón del grado, pudiendo además, el superior imponer su voluntad sobre el inferior.

Conforme a este principio, entonces, los órganos de la Administración Pública deben estar jerárquicamente ordenados y relacionados de conformidad con la distribución vertical de atribuciones en niveles organizativos, de manera que los órganos de inferior jerarquía están sometidos a la dirección, supervisión y control de los órganos superiores de la Administración Pública con competencia en la materia respectiva (art. 28). Por ello, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ha precisado que el principio de la de jerarquía, "descansa en el principio de la autoridad como una relación interorgánica determinada por la subordinación de un órgano a otro"[36].

A. *Características*

Constituye un presupuesto fundamental para que exista la jerarquía, el que entre los diversos órganos entre los cuales se establece la relación, debe haber la misma competencia por razón de la materia[37].

Por tanto, para que por ejemplo entre un ministro, un director general, los directores de un ministerio y sus departamentos se establezca una relación jerárquica, es necesario que todos tengan la misma materia como competencia. El efecto fundamental de este principio, precisamente por la unidad competencial, es que la voluntad del superior jerárquico puede imponerse sobre la voluntad del órgano inferior.

---

36 Véase sentencia 1545 del 28 de noviembre de 2000 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2000, p. 131

37 Cfr. José A. García Trevijano-Fos, *Principios jurídicos de la organización administrativa*, Madrid, 1957, p. 208.

Por ello, si no existe la misma competencia por razón de la materia no podría hablarse de jerarquía; podría existir una relación de coordinación, pero en ningún caso una relación jerárquica. Por ejemplo, entre el ministro y una dirección general de su despacho existe una relación jerárquica, pero no así entre dicho ministro y una dirección general de otro ministerio. En este caso no hay jerarquía ni puede haberla, porque, entre otros factores, los funcionarios no tienen asignada la misma competencia por la materia. Por tanto, la jerarquía tiene que ver con la competencia y la distribución de ésta, por el grado, dentro de la misma organización.

En cuanto a la jerarquía en la organización ministerial, que forma el núcleo básico de la Administración central a nivel nacional, la misma está esbozada en la Ley Orgánica de la Administración Pública en los niveles superiores, remitiendo a los reglamentos orgánicos la determinación del número y competencia de los viceministros así como de las diversas dependencias del ministerio (art. 64), las cuales se integran jerárquicamente, no en una forma pura y simplemente vertical, sino en una forma piramidal, como ha sido tradicional en la organización ministerial venezolana.

B. *El predominio del superior jerárquico*

Entre los efectos de la jerarquía, como principio jurídico de la organización administrativa, está el de que la voluntad del superior jerárquico prevalece sobre la del inferior. De allí que un superior jerárquico, en principio, puede modificar, revisar, anular, dirigir y controlar los actos del inferior, de lo contrario no habría jerarquía. La jerarquía implica, siempre, además, la posibilidad del superior de coordinar, dirigir y planificar los actos de los órganos inferiores.

La Ley Orgánica de la Administración Pública en el artículo 62 le atribuye al ministro la potestad de ejercer la suprema dirección del ministerio, quien la ejerce con la inmediata colaboración de los viceministros y de los órganos de apoyo ministerial; y en el artículo 76.2 precisa entre las atribuciones comunes de los ministros: "orientar, dirigir, coordinar, supervisar y controlar las actividades del ministerio". Esto implica que a cada ministro le corresponde la orientación de todos los niveles jerárquicos de su ministerio, como superior jerárquico.

Además, y dentro de la misma idea, el artículo 20.19 LOAP establece que a los ministros les compete resolver los recursos administrativos que les correspondan, y el artículo 20.22 íd., les atribuye competencia para resolver los conflictos de competencia entre los funcionarios del ministerio y ejercer la potestad disciplinaria.

Por último, otra consecuencia del principio de la jerarquía y del predominio del superior jerárquico sobre los funcionarios inferiores se refleja en materia de actos administrativos. Por ello, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece expresamente que "ningún acto administrativo podrá violar lo establecido en otro de superior jerarquía" (art. 13); previendo, además, dicha ley la jerarquía de los actos administrativos, así: "decretos, resoluciones, órdenes, providencias y otras decisiones dictadas por órganos y autoridades administrativas" (art. 14).

Otro efecto de la jerarquía es la posibilidad que tiene el superior de dirigir la acción de los inferiores. En consecuencia, como se dijo, los órganos administrativos pueden orientar, dirigir, coordinar, supervisar y controlar las actividades de sus órganos jerárquicamente subordinados, lo que incluso pueden hacer mediante instrucciones y órdenes.

A tal efecto, cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio que dicte el ministro se deben publicar en la *Gaceta Oficial* que corresponda (art. 43 LOAP).

Dispone el artículo 28 LOAP que el incumplimiento por parte de un órgano inferior, de las órdenes e instrucciones de su superior jerárquico inmediato, obliga a la intervención de éste y acarrea la responsabilidad de los funcionarios o funcionarias a quienes sea imputable dicho incumplimiento, salvo lo dispuesto en el artículo 8.º de la ley (art. 28); norma que recoge el principio del artículo 25 C. en el sentido de establecer la responsabilidad de los funcionarios públicos por las violaciones de los derechos garantizados en la Constitución "sin que les sirvan de excusa órdenes superiores". En consecuencia, si la orden del superior implica una violación de un derecho constitucional, y si el funcionario inferior la cumple, compromete su propia responsabilidad. La "salvedad" que parece implicar la norma del artículo 28 LOAP, sería que el funcionario inferior no incurriría en responsabilidad por incumplimiento de una orden superior cuando la misma implique violación de un derecho constitucional.

Otro efecto de la jerarquía es la potestad que tiene el superior no sólo de nombrar y remover los funcionarios inferiores, sino de ejercer la potestad disciplinaria. Para el cumplimiento de todas estas tareas, el jerarca se vale de órganos que, dentro de la clasificación de los órganos administrativos, se califican como órganos auxiliares, por contraposición a los órganos de línea que son los de ejecución u operativos, y que lo asisten en su tarea de dirigir y coordinar las acciones de la organización. Entre estos órganos están los de personal los cuales son órganos auxiliares del jerarca, que no están dentro de la jerarquía piramidal y que no tienen programas de ejecución.

C. *El ejercicio de las competencias y las competencias genéricas*

Otra de las consecuencias de la jerarquía es la posibilidad que tiene el superior jerárquico de dictar actos que le son propios, como es la posibilidad para los ministros, por ejemplo, de suscribir los contratos (art. 76.18) del despacho, a menos que haya delegado en funcionarios inferiores la atribución, la gestión o la firma de determinados actos (art. 76.25) o que se haya producido un proceso de desconcentración y, por tanto, de distribución de competencia en los órganos inferiores, en cuyo caso no hay necesidad de delegaciones específicas.

Pero si no hay una asignación específica de competencia a determinados órganos de la organización, bien por una desconcentración, por determinación legal o por delegación, el superior jerárquico, como los ministros, por ejemplo, puede dictar los actos necesarios para el ejercicio de las competencias que le hayan sido atribuidas genéricamente al ministerio.

Otro efecto de la jerarquía es la posibilidad que tienen el ministro y los viceministros de delegar las atribuciones que le estén otorgadas por ley a los órganos o funcionarios inmediatamente inferiores bajo su dependencia (art. 34 LOAP).

D. *La potestad de control*

Derivada también del principio de jerarquía es la potestad de control que tiene el superior jerárquico sobre los órganos inferiores. Si aquél es quien tiene la dirección, coordinación, orientación e instrucción de cómo debe actuarse a todos los niveles de su línea jerárquica, es obvio que una de las consecuencias de esta facultad de dirección, sea el poder de controlar si las actividades realizadas se ajustan efectivamente a las directrices dadas. De aquí, por ejemplo, que el ministro, en definitiva, tenga la potestad de control y conozca, en última instancia, de los recursos que se ejerzan contra actos dictados por órganos inferiores. En este sentido se establece en el artículo 76.19 LOPA, al prever que los ministros están facultados para resolver los recursos administrativos que les correspondan.

Ahora bien, esta potestad de control no sólo es ejercida por el superior jerárquico cuando ha habido instancia de parte mediante recursos administrativos, sino que el superior también puede controlar de oficio, los actos dictados por los órganos inferiores, es decir, sin que haya requerimiento de algún particular interesado, a menos que, y esto por vía de excepción, exista alguna norma que expresamente lo prohíba. Por tanto, salvo este supuesto, como consecuencia de la organización jerárquica de la Administración, el superior jerárquico puede revisar, suspender, modificar o revocar los actos dictados por los órganos inferiores, con las limitaciones derivadas, por supuesto, de los derechos adquiridos.

Otros de los efectos de la jerarquía, es la posibilidad que tiene el superior de resolver los conflictos que se establezcan entre los diferentes órganos que integran la jerarquía. Por ello, el artículo 76.22 LOAP atribuye a los ministros la potestad de resolver los conflictos de competencia que surjan entre los funcionarios del ministerio.

2. *El principio de coordinación*

Conforme al artículo 23 LOAP, las actividades que desarrollen los órganos y entes de la Administración Pública deben estar orientadas al logro de los fines y objetivos del Estado, para lo cual deben coordinar su actuación bajo el principio de unidad orgánica. La organización de la Administración Pública, por tanto, debe comprender la asignación de competencias, relaciones, instancias y sistemas de coordinación necesarios para mantener su orientación institucional de conformidad con la Constitución y la ley.

La coordinación, en consecuencia, es otro de los principios de la organización administrativa, como una de sus características esenciales de la organización[38], ya que, en definitiva, no hay actuación de órganos diversos sin que sea necesario coordinarlos.

Es decir, desde el momento en que la Administración Pública está compuesta por variados y diversos órganos, como unidades complejas, se hace necesario establecer ciertos mecanismos de coordinación entre los diversos órganos del Estado, para lograr el resultado deseado como expresión de la voluntad administrativa[39].

---

38 Cfr., en general, José Ortiz Díaz, *El principio de la coordinación en la organización administrativa*, Sevilla, 1956; Luis Blanco de Tella, "El mito de la función coordinadora", en L. Blanco de Tella y F. González Navarro, *Organización y procedimientos administrativos,* Madrid, 1975, pp. 21 y ss.

39 La Sala Constitucional en sentencia 3343 de 19 de diciembre de 2002, caso controversia constitucional entre el Distrito Metropolitano de Caracas *vs.* Ministerio del Interior y Justicia, ha señalado sobre el principio de la coordinación: "En cuanto a la coordinación establecida en la ley, se trata por una parte del cumplimiento de lo que se ha denominado la coordinación formal, que opera entre los sujetos titulares de la competencia de que se trate y que se funda en la información recíproca y en la búsqueda de acuerdos consentidos o auto coordinación. Ello se evidencia del hecho de que el Consejo de Seguridad Ciudadana esté formado por representantes del Ejecutivo nacional, de los estados, municipios y de otros entes cuyas atribuciones guarden relación directa con la actividad policial. En dicho Consejo, naturalmente, y aunque no se exprese claramente, se gestan acuerdos relativos a las políticas y acciones a seguir, fundados en una evaluación previa de las situaciones y un pronóstico de su evolución. Por otra parte, tenemos que también en la ley bajo examen se evidencia otro tipo de coordinación denominado material, que según "Karl Huber (consiste en) una coordinación del 'contenido de los asuntos' [...] que supone un cierto poder directivo de operaciones globales por parte de la unidad superior" (García de Enterría y T-R. Fernández). Es decir, los acuerdos preestablecidos luego son a su vez coordinados, y su seguimiento y examen se lleva a cabo por las denominadas Coordinación Nacional o Regionales, en cabeza del Ministerio del Interior y Justicia. Por lo tanto, la integración en la diversidad de las partes del conjunto, previamente acordada, exige la adopción de medidas necesarias y suficientes para asegurar tal integración", en *Revista de Derecho Público*, n.º 89 a 90, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, p. 223.

3. *El principio de cooperación*

Entre órganos que son autónomos, entre los cuales no se plantea relación jerárquica, el principio fundamental es el de la cooperación para el logro de los fines del Estado. Por ello, por ejemplo, conforme al principio del artículo 136 C., la Administración Pública nacional, la de los estados, la de los distritos metropolitanos y la de los municipios deben colaborar entre sí y con las otras ramas de los poderes públicos en la realización de los fines del Estado (art. 24).

4. *El principio de lealtad institucional*

Dispone el artículo 25 LOAP que la Administración Pública nacional, la de los estados, la de los distritos metropolitanos y la de los municipios deben actuar y relacionarse de acuerdo con el principio de lealtad institucional y, en consecuencia, deben:

1. Respetar el ejercicio legítimo de sus competencias por parte de las otras administraciones.
2. Ponderar, en el ejercicio de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras administraciones.
3. Facilitar a las otras administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias.
4. Prestar, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras administraciones pudieran requerir para el ejercicio de sus competencias.

5. *El principio de la información general: el internet*

A fin de dar cumplimiento a los principios establecidos en la Ley Orgánica de la Administración Pública, en su artículo 12 se dispone que los órganos y entes de la Administración Pública deberán utilizar las nuevas tecnologías que desarrolle la ciencia, tales como los medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para su organización, funcionamiento y relación con las personas.

En tal sentido, por disposición expresa de la Ley Orgánica, cada órgano y ente de la Administración Pública debe establecer y mantener una página en Internet, que debe contener, entre otras informaciones que se considere relevante, los datos correspondientes a su misión, organización, procedimientos, normativa que lo regula, servicios que presta, documentos de interés para las personas, así como un mecanismo de comunicación electrónica con dichos órganos y entes disponible para todas las personas vía Internet (art. 12).

§ 9. El régimen jurídico de la organización de la Administración Pública nacional central

Como se dijo, la Ley Orgánica de la Administración Pública, básicamente regula la organización de la Administración Pública nacional *ejecutiva* (art. 2), estableciendo en sus normas, la clasificación clásica general de la misma, distinguiendo entre la Administración Pública central del poder nacional (título III) y la Administración Pública nacional descentralizada funcionalmente (cap. II, título IV).

En cuanto a la organización de la Administración Pública nacional central, el artículo 45 LOAP distingue dos tipos de *órganos superiores* de la misma: los órganos superiores de dirección y los órganos superiores de consulta, los cuales ejercen el poder ejecutivo en los términos del artículo 225 C.

La Ley Orgánica enumera como órganos superiores de dirección de la Administración Pública central a los siguientes: el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, el Consejo de Ministros, los ministros y los viceministros.

En cuanto a los órganos superiores de consulta de la Administración Pública central, el artículo 45 LOAP enumera los siguientes: la Procuraduría General de la República, el Consejo de Estado, el Consejo de Defensa de la Nación, los gabinetes sectoriales y los gabinetes ministeriales, los cuales también ejercen el poder ejecutivo (art. 225 C.).

Estudiaremos la organización de la Administración Pública central nacional, distinguiendo las regulaciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública en las dos grandes categorías de órganos superiores antes mencionados: *órganos superiores* de dirección y de consulta.

De acuerdo con el artículo 46 LOAP, corresponde a los órganos superiores de dirección de la Administración Pública central, dirigir la política interior y exterior de la República, ejercer la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de conformidad con la Constitución y las leyes.

Asimismo, tienen a su cargo la conducción estratégica del Estado y, en especial, la formulación, aprobación y evaluación de las políticas públicas, el seguimiento de su ejecución y la evaluación del desempeño institucional y de sus resultados.

Además, los órganos superiores de dirección de la Administración Pública central ejercen el control de la actividad y de las políticas desarrolladas por los órganos inferiores, a los cuales deben evaluar en su funcionamiento, desempeño y resultados.

I. LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

El Presidente de la República, conforme al artículo 226 C., es el Jefe del Estado y del Ejecutivo nacional, “en cuya conducción dirige la acción de gobierno”, como lo repite el artículo 236.2 C. En materia administrativa, el artículo 47 de la LOAP señala que, además, el Presidente de la República dirige la acción de la Administración Pública central del poder nacional con la colaboración inmediata del Vicepresidente Ejecutivo, conforme a lo establecido en la Constitución y en las leyes.

1. *Competencias administrativas del Presidente de la República*

El artículo 236 C., enumera las atribuciones y obligaciones del Presidente de la República, entre las cuales las referidas a las *materias administrativas o en relación con la Administración Pública*, se destacan las siguientes:

De acuerdo con el artículo 236.11 C., corresponde al Presidente de la República "administrar la Hacienda Pública nacional", teniendo además, la atribución de decretar en Consejo de Ministros "créditos adicionales al Presupuesto, previa autorización de la Asamblea Nacional o de la Comisión Delegada" (art. 187,7; 236.13 y 314 C.).

Por otra parte, corresponde al Presidente de la República, conforme al artículo 236 de la Constitución:

3. Nombrar y remover el Vicepresidente Ejecutivo y a los Ministros.
15. Designar, previa autorización de la Asamblea Nacional o de la Comisión Delegada, al Procurador General de la República y a los jefes de las misiones diplomáticas permanentes.
16. Nombrar y remover a aquellos funcionarios cuya designación le atribuyen esta Constitución y la ley.

La Asamblea Nacional, conforme al artículo 187.14 C., debe autorizar el nombramiento del Procurador General de la República y de los jefes de misiones diplomáticas permanentes.

Conforme al artículo 236 C., corresponde al Presiente de la República, tanto negociar los empréstitos nacionales (ord. 12), como celebrar los contratos de interés nacional conforme a esta Constitución y la ley (ord. 14); atribuciones que debe ejercer en Consejo de Ministros. Por otra parte, el artículo 150 C. dispone, en general, que para la celebración de los contratos de interés público nacional se requerirá la aprobación de la Asamblea Nacional en los casos que determine la ley. Se agregó, sin embargo, la misma norma que "no podrá celebrarse contrato alguno de interés público municipal, estadal o nacional con estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos sin la aprobación de la Asamblea Nacional".

Por ello, el artículo 187.9 C. atribuyó a la Asamblea nacional competencia para autorizar al Ejecutivo nacional para celebrar contratos de interés nacional, en los casos establecidos en la ley, así como autorizar los contratos de interés público municipal, estadal o nacional con estados o entidades oficiales extranjeros o con sociedades no domiciliadas en Venezuela. El artículo 187.12 C., agregó dentro de las competencias de la Asamblea en materia de contratos públicos, la de autorizar al Ejecutivo nacional para enajenar bienes inmuebles del dominio privado de la Nación, con las excepciones que establezca la ley.

El Presidente de la República, además, en materia administrativa tiene las siguientes otras atribuciones conforme al artículo 236 C.:

6. Ejercer el mando supremo de la Fuerza Armada Nacional, promover sus oficiales a partir del grado de coronel o capitán de navío, y nombrarlos para los cargos que les son privativos.
10. Reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón. Además, el artículo 87 de la LOAP reitera que el ejercicio de la potestad reglamentaria corresponde al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, de conformidad con la Constitución y las leyes.
17. Dirigir a la Asamblea Nacional, personalmente o por intermedio del Vicepresidente Ejecutivo, informes o mensajes especiales.

18. Formular el Plan nacional de desarrollo y dirigir su ejecución previa aprobación de la Asamblea Nacional.
23. Convocar y presidir el Consejo de Defensa de la Nación.

Todos los actos antes señalados del Presidente de la República, con excepción del señalado en el ordinal 3.º deben ser refrendados para su validez por el Vicepresidente Ejecutivo y el ministro o ministros respectivos.

Las atribuciones antes señaladas en los ordinales 10, 12, 13, 14, 18, las debe ejercer el Presidente en Consejo de Ministros, así como las que le atribuya la ley para ser ejercidas en igual forma.

2. *Régimen de ejercicio de la potestad reglamentaria*

Como se ha indicado, de acuerdo con el artículo 236.10 C., el Presidente de la República tiene competencia para reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón. Además, el artículo 87 LOAP reitera que el ejercicio de la potestad reglamentaria corresponde al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, de conformidad con la Constitución y las leyes.

La última norma dispone, además en forma expresa, los límites a la potestad reglamentaria, al indicar que los reglamentos no pueden regular materias objeto de reserva de ley, ni infringir normas con dicho rango; y además, que sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, los reglamentos no pueden tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público.

Conforme al artículo 88 LOAP, la elaboración de los reglamentos de leyes debe ajustarse obligatoriamente al siguiente procedimiento:

1. La iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se debe llevar a cabo por el ministerio competente según la materia, mediante la elaboración del correspondiente proyecto, al que se debe acompañar un informe técnico y un informe sobre su impacto o incidencia presupuestaria.
2. A lo largo del proceso de elaboración se debe recabar, además de los informes, los dictámenes correspondientes y cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar la eficacia y la legalidad del texto.
3. Elaborado el texto se debe someter a consulta pública para garantizar el derecho de participación de las personas, de conformidad con lo dispuesto en el título VI de la Ley Orgánica. Durante el proceso de consulta las personas, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones que los agrupen o representen, pueden presentar observaciones y propuestas sobre el contenido del reglamento las cuales deben ser analizadas por el ministerio encargado de la elaboración y coordinación del reglamento.
4. Aprobado el reglamento por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, entrará en vigencia con su publicación en la *Gaceta Oficial* de la República, salvo que el mismo disponga otra cosa.

En todo caso, establece el artículo 89 LOAP que el Ejecutivo nacional debe obligatoriamente aprobar el o los reglamentos necesarios para la eficaz aplicación y desarrollo de las leyes, dentro del año inmediatamente siguiente a la promulgación de las mismas.

3. *Otros órganos de la administración pública nacional central adscritos a la presidencia de la república*

Además de los órganos superiores de dirección y de consulta de la Administración Pública antes señalados, la Ley Orgánica regula otros órganos de la Administración Pública nacional central, que son los consejos, comisiones y comisionados presidenciales, las autoridades únicas de área y los sistemas de apoyo.

A. *Los consejos nacionales*

Los consejos nacionales son órganos colegiados creados por el Presidente de la República con carácter permanente o temporal, integrados por autoridades públicas y personas representativas de la sociedad, para la consulta de las políticas públicas sectoriales que determine el decreto de creación (art. 70). En este decreto se debe determinar la integración de la representación de los sectores organizados, económicos, laborales, sociales y culturales y de cualquier otra índole, en cada uno de estos consejos nacionales (art. 70).

B. *Los comisionados y comisiones presidenciales e interministeriales*

El Presidente de la República, además, puede designar comisionados y crear comisiones presidenciales o interministeriales, permanentes o temporales, integradas por funcionarios públicos y personas especializadas, para el examen y consideración en la materia que se determine en el decreto de creación (art. 71), en el cual debe determinarse quién debe presidir las comisiones.

Las comisiones presidenciales o interministeriales también pueden tener por objeto la coordinación de criterios y el examen conjunto de materias asignadas a diversos ministerios. Sus conclusiones y recomendaciones deben ser adoptadas por mayoría absoluta de votos (art. 71).

C. *Las autoridades únicas de área o de región*

El Presidente de la República puede designar autoridades únicas de área o de región para el desarrollo de territorios o programas regionales, con las atribuciones que determinen las disposiciones legales sobre la materia y los decretos que las crearen (art. 72). En esta materia, fue la derogada Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio[1] la que reguló dichas autoridades únicas para desarrollo de planes y programas específicos de ordenación del territorio cuya complejidad funcional, por la intervención de varios organismos del sector público o por la cantidad de recursos financieros comprometidos en su desarrollo, así lo requieran (art. 58). La figura desapareció en la Ley Orgánica para la planificación y gestión de la ordenación del territorio de 2005[2].

D. *Las oficinas nacionales y los sistemas de apoyo de la Administración Pública nacional*

El Presidente de la República puede crear oficinas nacionales para que auxilien a los órganos y entes de la Administración Pública nacional en la formulación y aprobación de las políticas institucionales respectivas. Dichas oficinas deben ser los órganos rectores de los sistemas que les estén asignados y que comprenden los correspondientes órganos de apoyo técnico y logístico institucional de la Administración Pública nacional (art. 75).

---

1 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 3.238 Extra. del 11 de noviembre de 1983. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Ley Orgánica para la ordenación del Territorio,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1988, pp. 69 y ss.

2 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 38.264 del 2 de septiembre de 2005.

A tal efecto, conforme al artículo 73 LOAP, los sistemas de apoyo técnico y logístico de la Administración Pública nacional están conformados por la agrupación de procesos funcionales, procedimientos administrativos y redes de órganos coordinados, cuyo propósito es ofrecer asesoría estratégica y suministro de insumos institucionales a los órganos sustantivos, garantizando las condiciones organizacionales necesarias para su adecuado funcionamiento y para el logro de las metas y objetivos esperados por la Administración Pública nacional.

Las oficinas nacionales, como órganos rectores de los sistemas de apoyo, deben fiscalizar y supervisar las actividades de los órganos que integran los respectivos sistemas de apoyo institucional de la Administración Pública nacional, para lo cual estos órganos deben permitir el acceso a documentos, expedientes, archivos, procedimientos y trámites administrativos, y suministrarán cualquier información que les sea requerida.

Los órganos o entes rectores de los sistemas de apoyo institucional deben evaluar la información obtenida y ordenar a los órganos de apoyo la corrección de las deficiencias detectadas. Los órganos de apoyo deben efectuar las correcciones señaladas y, en caso de incumplimiento, el respectivo órgano o ente rector debe formular la queja correspondiente ante el ministro o máximo órgano jerárquico correspondiente, con copia al Vicepresidente Ejecutivo (art. 74).

Debe señalarse, por último, que las unidades administrativas de las oficinas nacionales también pueden ser desconcentradas mediante reglamento orgánico, aplicándose las mismas regulaciones expuestas en relación con la desconcentración administrativa ministerial (art. 90 y ss. LOAP).

II LA VICEPRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

La Constitución de 1999 creó el cargo de Vicepresidente Ejecutivo, como un órgano dependiente del Presidente de la República y de su libre nombramiento y remoción. Por ello, la creación de dicho cargo no significa el establecimiento de separación alguna entre el Jefe de Estado y el gobierno, cuya acción sigue estando dirigida por el Presidente de la República, ni por tanto cambio alguno en el sistema presidencial de gobierno. El Vicepresidente Ejecutivo, por ello tampoco llega a configurarse como un "jefe de gabinete" con funciones de gobierno separado del Jefe del Estado. El Vicepresidente, en realidad, es solamente en un órgano auxiliar del Presidente de la República en la conducción de la Administración Pública lo que, sin duda, podría contribuir a racionalizar el ejercicio del Poder Ejecutivo, desconcentrando su ejercicio.

En efecto, tanto el artículo 238 C. como el artículo 48 LOAP, señalan que el Vicepresidente de la República es órgano directo y colaborador inmediato del Presidente de la República en su condición de jefe del Ejecutivo nacional, con quien debe colaborar en la dirección de la acción de gobierno (art. 49.1 LOAP). Corresponde al Presidente de la República el libre nombramiento y remoción del Vicepresidente (art. 236.3, C.), por lo que esta figura no modifica en forma alguna el sistema presidencial tradicional.

De acuerdo a la enumeración de competencias del vicepresidente que establece el artículo 239 C., el artículo 49 LOAP las repite y amplía, indicando entre sus atribuciones las siguientes *relacionadas con la Administración Pública o la función administrativa*, las de:

1. Coordinar la Administración Pública nacional, central y descentralizada funcionalmente, de conformidad con las instrucciones del Presidente de la República.

2. Proponer al Presidente o Presidenta de la República el nombramiento y la remoción de los ministros.

3. Presidir, previa autorización del Presidente o Presidenta de la República, el Consejo de Ministros.

4. Coordinar las relaciones del Ejecutivo nacional con la Asamblea Nacional y efectuar el seguimiento a la discusión parlamentaria de los proyectos de ley.

5. Presidir el Consejo Federal de Gobierno y coordinar las relaciones del Ejecutivo nacional con los estados, los distritos metropolitanos y los municipios.

6. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios nacionales cuya designación no esté atribuida a otra autoridad.

7. Suplir las faltas temporales y absolutas del Presidente o Presidenta de la República, de conformidad con la Constitución.

8. Ejercer las atribuciones que le delegue el Presidente o Presidenta de la República.

9. Dirigir y coordinar el proceso de evaluación de los resultados de las políticas públicas adoptadas por el Ejecutivo nacional e informar de ello al Presidente de la República.

10. Efectuar el seguimiento a las decisiones del Consejo de Ministros e informar periódicamente al Presidente de la República sobre el estado general de su ejecución y resultados.

11. Efectuar el seguimiento a las instrucciones impartidas por el Presidente de la República a los ministros o ministras e informarle sobre su ejecución y resultados.

12. Coordinar y ejecutar los trámites correspondientes a la iniciativa legislativa del poder ejecutivo, ante la Asamblea Nacional.

13. Coordinar el proceso de promulgación de las leyes y, de ser el caso, el proceso de reparo presidencial a que se refiere el artículo 214 C.

14. Presidir el Consejo de Estado.

La Vicepresidencia de la República debe contar con la estructura orgánica y los funcionarios que requiera para el logro de su misión, de conformidad con el reglamento orgánico que apruebe el Presidente de la República en Consejo de Ministros (art. 48).

III. EL CONSEJO DE MINISTROS

1. *Integración y misión*

De acuerdo con el artículo 242 C. y con el artículo 50 LOAP, el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo y los ministros, reunidos, integran el Consejo de Ministros, el cual debe ser presidido por el Presidente de la República o por el Vicepresidente Ejecutivo.

Este último, sin embargo, de acuerdo con el artículo 242 C., sólo puede presidir el Consejo de Ministros, con autorización del Presidente de la República, cuando éste no pueda asistir a sus reuniones. En este último caso, además, todas las decisiones adoptadas deben ser ratificadas por el Presidente de la República. Por supuesto, el acto de ratificación es un acto posterior al de adopción de la decisión, y así debe constar formalmente en el texto de la decisión.

El procurador general de la República, por su parte, de acuerdo con el mismo artículo 59 LOAP puede asistir al Consejo de Ministros, pero solamente con derecho a voz. Además, el Presidente de la República puede invitar a otros funcionarios y personas a las reuniones del Consejo de Ministros, cuando a su juicio la naturaleza de la materia o su importancia así lo requieran.

Por último, corresponde al propio Consejo de Ministros la designación de su secretario.

La finalidad fundamental del Consejo de Ministros, conforme al artículo 51 LOAP, es la consideración y aprobación de las políticas públicas generales y sectoriales que son competencias del poder ejecutivo nacional.

2. *Los principios legales sobre la organización y funcionamiento del consejo de Ministros*

El artículo 52 LOAP establece, en forma general, que el Presidente de la República, mediante decreto, debe fijar la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, con el objeto de garantizar el ejercicio eficaz de sus competencias y su adaptabilidad a los requerimientos que imponen las políticas públicas cuya consideración y aprobación le corresponde. En el referido decreto se deben establecer las unidades de apoyo técnico y logístico necesarias para el eficaz cumplimiento de sus fines.

Sin embargo, la Ley Orgánica establece algunas regulaciones en la materia, que son las siguientes:

El quórum de funcionamiento del Consejo de Ministros no puede ser menor de las dos terceras partes de sus miembros. Sin embargo, en caso de que el Presidente de la República estime urgente la consideración de uno o determinados asuntos, el Consejo de Ministros puede sesionar con la mayoría absoluta de sus integrantes (art. 53 LOAP).

El Presidente de la República debe fijar la periodicidad de las reuniones del Consejo de Ministros y está legalmente autorizado para convocarlo extraordinariamente cuando lo juzgue conveniente (art. 54 LOAP).

De las sesiones del Consejo de Ministros se debe levantar un acta por el secretario, quien la debe asentar en un libro especial y la debe certificar con su firma, una vez aprobada. Dicha acta debe contener las circunstancias relativas al tiempo y lugar de su celebración, la relación de los asistentes, las decisiones adoptadas sobre cada uno de los asuntos tratados en la reunión y los informes presentados (art. 55 LOAP).

Conforme al artículo 56 LOAP, las deliberaciones del Consejo de Ministros tienen carácter secreto. Sin embargo, las decisiones que se adopten en el Consejo de Ministros por supuesto que no tienen carácter confidencial ni secreto. No obstante, por razones de interés nacional o de carácter estratégico, conforme al mismo artículo 56 LOAP, el Presidente de la República puede declarar reservada algunas de las decisiones del Consejo de Ministros, en cuyo caso, el punto en el acta correspondiente tendrá carácter confidencial o secreto sólo durante el tiempo estrictamente necesario, que tiene que fijar el Presidente, luego del cual el mismo debe levantar la reserva de la decisión adoptada (art. 56 LOAP).

3. *La responsabilidad solidaria de los miembros del consejo de ministros*

Conforme a lo establecido en el artículo 242 C., lo cual desarrolla el artículo 57 LOAP, el Vicepresidente Ejecutivo y los ministros son solidariamente responsables con el Presidente de la República de las decisiones adoptadas en las reuniones del Consejo de Ministros a que hubieren concurrido, salvo que hayan hecho constar su voto adverso o negativo.

4. *El rol del consejo de ministros en la iniciativa legislativa del ejecutivo nacional*

Conforme al artículo 204.1 C., el poder ejecutivo nacional tiene la iniciativa de las leyes, mediante la elaboración, aprobación y posterior remisión de proyectos de ley a la Asamblea Nacional (art. 85 LOAP).

A tal efecto, el artículo 86 LOAP establece el siguiente procedimiento de elaboración de proyectos de ley por parte del poder ejecutivo nacional, en el cual se asigna un rol básico al Consejo de Ministros:

1. El procedimiento debe iniciarse en el ministerio o ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto, que debe ir acompañado por un informe jurídico, los estudios o informes técnicos sobre la necesidad y oportunidad del mismo, así como por un informe económico sobre su impacto o incidencia presupuestaria.

2. El titular del ministerio proponente debe elevar el anteproyecto al Consejo de Ministros a fin de que éste decida sobre los ulteriores trámites y, en particular, sobre las consultas, dictámenes e informes que resulten convenientes, así como sobre los términos de su realización.

3. Una vez cumplidos los trámites antes indicados, el ministro proponente debe someter el anteproyecto, nuevamente, al Consejo de Ministros para su aprobación como proyecto de ley y su remisión a la Asamblea Nacional, acompañándolo de una exposición de motivos, del informe técnico y del informe económico sobre su impacto o incidencia presupuestaria, y demás antecedentes necesarios para pronunciarse sobre él.

4. Cuando razones de urgencia así lo aconsejen, el Consejo de Ministros puede prescindir de los trámites contemplados en este artículo y acordar la aprobación de un proyecto de ley y su remisión a la Asamblea Nacional.

5. En todo caso, en el diseño y planificación de los proyectos de ley que proponga a la Asamblea Nacional, el Ejecutivo nacional debe hacer las estimaciones económicas y presupuestarias necesarias para cubrir los costos que genere cada proyecto de ley, exclusivamente con base en ingresos ordinarios.

IV. LA ORGANIZACIÓN MINISTERIAL

1. *Los ministerios*

A. *Carácter y régimen de organización interna*

De acuerdo con el artículo 60 LOAP, los ministerios son los órganos del Ejecutivo nacional encargados de la formulación, adopción, seguimiento y evaluación de las políticas, estrategias, planes generales, programas y proyectos en las materias de su competencia y sobre las cuales ejercen su rectoría (art. 60)[3]. Su número y competencias se deben establecer, conforme al artículo 236.20 C., mediante decreto que, en este caso, tiene rango de ley. A tal efecto el Presidente de la República comenzó a organizar los ministerios a partir del decreto 1475 del 17 de octubre de 2001[4].

En esta forma, la tradicional disposición constitucional que exigía que la ley fuera la que estableciera el número, organización y las competencias de los ministerios, se modificó en la Constitución de 1999, al atribuirse tal facultad al Presidente de la República. El decreto presidencial que al efecto se dicte, por ello, en nuestro criterio puede considerarse como un decreto con fuerza de ley, en cuanto que tiene poder modificatorio o derogatorio de las leyes atributivas de competencias a los ministerios, en los casos en los que el decreto cree o elimine alguno, pero dichos decretos, sin duda, no pueden ser fuente de competencias nuevas. La competencia de los órganos de la Administración Pública, incluidos los ministerios,

---

[3] Cfr. sobre la organización ministerial, ELOY LARES M., "Los ministros", *Libro Homenaje a Rafael Caldera*, t. IV, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1979, pp. 2193-2218; ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Principios generales de la organización de la Administración central, con particular referencia a la Administración ministerial", *Revista de Derecho Público*, n° 2, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1980, pp. 5-22; ANTONIO DE PEDRO F., "Los ministros de Estado en el ordenamiento jurídico venezolano. Una aproximación a su estudio", *Revista de Derecho Público*, n° 5, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1981, pp. 5-26.

[4] *Gaceta Oficial* n.º 37.305 del 17 de octubre de 2001.

como se ha dicho, sólo puede tener como fuente la ley; y el decreto ejecutivo de fijación del numero de ministerios lo que puede es distribuir la competencia legal entre los diversos ministerios, sin crear nuevas competencias.

Ahora bien, en cuanto a la organización de los ministerios, la suprema dirección de los mismos corresponde al ministro, quien la debe ejercer con la inmediata colaboración de los viceministros y de los órganos de apoyo ministerial (art. 62).

Por ello, cada ministerio debe estar integrado por el despacho del ministro y los despachos de los viceministros. El reglamento orgánico de cada ministerio debe determinar el número y competencias de los viceministros de acuerdo con los sectores que deba atender, así como de las demás dependencias del ministerio que sean necesarias para el cumplimiento de su cometido (art. 64). Además, conforme al artículo 61 LOAP, las competencias específicas y las actividades particulares de cada ministerio son las establecidas en el reglamento orgánico respectivo, como instrumento "distribuidor" de competencias. Por ello, estos decretos orgánicos, por supuesto, a pesar de ser dictados por el Presidente de la república, están sujetos a las disposiciones del decreto de organización ministerial, y no pueden en forma laguna modificar las leyes, que son las que crean las competencias.

B. *Los ministros*

De acuerdo con el artículo 242 C., los ministros son órganos directos del Presidente de la República.

C. *Clases de ministros*

Los ministros pueden ser de dos clases: con despacho ministerial o sin tal despacho. El número de los ministros con despacho ministerial deriva del decreto de organización y funcionamiento de los ministerios que, conforme al artículo 236.20 C. y al artículo 50 LOAP, dicte el Presidente de la República. En esta forma, de acuerdo con el artículo 1º del decreto 1475 de 17 de octubre de 2001 sobre organización y funcionamiento de la Administración Pública central los siguientes fueron los 14 ministerios establecidos: del Interior y Justicia; de Relaciones Exteriores; de Finanzas; de la Defensa; de la Producción y el Comercio; de Educación, Cultura y Deportes; de Salud y Desarrollo Social; del Trabajo; de Infraestructura; de Energía y Minas; del Ambiente y de los Recursos Naturales, de Planificación y Desarrollo; de Ciencia y Tecnología; y de la Presidencia de la República[5]. Mediante decreto 3570 de 8 de abril de 2005, también sobre organización y funcionamiento de la Administración Pública central los siguientes fueron los 22 ministerios establecidos: del Interior y Justicia; de Relaciones Exteriores; de Finanzas; de la Defensa; de Industrias Ligeras y Comercio; Industrias Básicas y Minería; de Turismo; de Agricultura y Tierras; de Educación Superior; de Educación y deportes; de Salud y Desarrollo Social; del Trabajo; de Infraestructura; de Energía y Petróleo; del Ambiente y de los Recursos Naturales, de Planificación y Desarrollo; de Ciencia y Tecnología; de Comunicación e Información; para la Economía Popular; de Alimentación; de la Cultura y para la Vivienda y el Hábitat[6].

Pero además de los ministros con despacho ministerial, el artículo 243 C. y el artículo 59 LOAP, autorizan al Presidente de la República para nombrar ministros de Estado, sin asignarles despacho determinado, los cuales además de asistir y participar en el Consejo de Ministros, deben asesorar al Presidente de la República o Vicepresidente Ejecutivo, en los asuntos que les fueren asignados.

---

5 Sobre la evolución del número y competencias de los ministerios. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1994, pp. 127 y ss.

6 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 36.162 del 8 de abril de 2005.

Además, conforme al artículo 59 LOAP, por vía de excepción y mediante decreto motivado, el Presidente de la República puede designar ministros de Estado, adscribiéndoles los órganos, entes o fondos necesarios para el eficaz cumplimiento de los fines que se les asignen.

D. *Funciones y competencias comunes de los Ministros*

Corresponde a los ministros y a sus viceministros la planificación y coordinación estratégicos del ministerio y la rectoría de las políticas públicas del sector cuya competencia les esté atribuida (art. 63 LOAP).

En particular, en cuanto a los ministros con despacho, el artículo 76 LOAP, les asigna las siguientes atribuciones:

1. Dirigir la formulación, el seguimiento y la evaluación de las políticas sectoriales que les correspondan, de conformidad con el decreto presidencial que determine el número y la competencia de los ministerios y con el reglamento orgánico respectivo.

2. Orientar, dirigir, coordinar, supervisar y controlar las actividades del ministerio, sin perjuicio de las atribuciones que, sobre control externo, la Constitución y las leyes confieren a los órganos de la función contralora.

3. Representar política y administrativamente al ministerio.

4. Cumplir y hacer cumplir las órdenes que les comunique el Presidente de la República o el Vicepresidente Ejecutivo, a quienes deberán dar cuenta de su actuación, sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley.

5. Informar al Presidente de la República y al Vicepresidente Ejecutivo sobre el funcionamiento de sus ministerios y garantizar el suministro de información a los sistemas de información sobre la ejecución y resultados de las políticas públicas a sus cargos, a los sistemas de información correspondientes.

6. Asistir a las reuniones del Consejo de Ministros, del Consejo Federal de Gobierno y de los gabinetes sectoriales que integren.

7. Convocar y reunir periódicamente los gabinetes ministeriales.

8. Refrendar los actos del Presidente de la República o del Vicepresidente Ejecutivo que sean de su competencia y cuidar de su ejecución, así como de la promulgación y ejecución de los decretos o resoluciones que dicten.

9. Presentar a la Asamblea Nacional la memoria y cuenta de su ministerio, señalando las políticas, estrategias, objetivos, metas, resultados, impactos y obstáculos a su gestión.

10. Presentar, conforme a la ley, el anteproyecto de presupuesto del ministerio y remitirlo, para su estudio y tramitación, al órgano rector del sistema de apoyo presupuestario.

11. Ejercer la superior administración, dirección, inspección y resguardo de los servicios, bienes y ramos de renta del ministerio.

12. Ejercer la rectoría de las políticas públicas que deben desarrollar los institutos autónomos, empresas y fundaciones del Estado adscritos a sus despachos, así como las funciones de coordinación y control que les correspondan conforme a esta ley, a las leyes especiales de creación y a los demás instrumentos jurídicos respectivos.

13. Ejercer la representación de las acciones pertenecientes a la República en las empresas del Estado que se les asigne, así como el correspondiente control accionario.

14. Comprometer y ordenar los gastos del ministerio e intervenir en la tramitación de créditos adicionales y demás modificaciones de su presupuesto, de conformidad con la ley.

15. Otorgar, previo cumplimiento de las formalidades de ley, los contratos relacionados con asuntos propios del ministerio.

16. Comunicar al Procurador o Procuradora General de la República las instrucciones concernientes a los asuntos en que éste deba intervenir en las materias de la competencia del ministerio.

17. Cumplir oportunamente las obligaciones legales respecto a la Contraloría General de la República.

18. Suscribir los actos y correspondencias del despacho a su cargo.

19. Resolver los recursos administrativos que les corresponda conocer y decidir de conformidad con la ley.

20. Llevar a conocimiento y resolución del Presidente de la República o del Vicepresidente Ejecutivo, los asuntos o solicitudes que requieran su intervención.

21. Legalizar la firma de los funcionarios y funcionarias al servicio del ministerio.

22. Resolver los conflictos de competencia entre funcionarios del ministerio y ejercer la potestad disciplinaria, con arreglo a las disposiciones legales o reglamentarias.

23. Contratar para el ministerio los servicios de profesionales y técnicos por tiempo determinado o para obra determinada.

24. Someter a la decisión del Presidente de la República o del Vicepresidente Ejecutivo los asuntos de su competencia en cuyas resultas tengan interés personal, o lo tengan su cónyuge o algún pariente por consanguinidad en cualquier grado en la línea recta o en la colateral hasta el cuarto grado inclusive, o por afinidad hasta el segundo grado.

25. Delegar sus atribuciones y la firma de documentos de conformidad con las previsiones de la presente ley y su reglamento respectivo.

E. *Las cuentas de los ministros al presidente de la república*

En principio, los ministros deben someter a la consideración del Presidente de la República los asuntos de su despacho que así lo ameriten. Sin embargo, el Presidente puede autorizar a que dichas cuentas se presenten ante los ministros coordinadores de gabinetes sectoriales a fin de que sean estos los que presenten los asuntos al Presidente de la República (art. 69 LOAP).

F. *Las memorias y cuentas de los ministros ante la asamblea nacional*

Las memorias que los ministros deban presentar a la Asamblea Nacional, conforme a lo dispuesto en el artículo 244 C., deben contener la exposición razonada y suficiente de las políticas, estrategias, planes generales, objetivos, metas, resultados, impactos y obstáculos en la gestión de cada ministerio en el año inmediatamente anterior, así como los lineamientos de sus planes para el año siguiente. Si posteriormente se evidenciaren actos o hechos desconocidos por el ministro, que por su importancia merecieran ser del conocimiento de la Asamblea Nacional, estos deben ser dados a conocer a ese poder legislativo (art. 77 LOAP).

En la memoria y cuenta de sus despachos, los ministros deben informar anualmente a la Asamblea Nacional acerca de las actividades de control que ejerzan, en los términos previstos en la Ley Orgánica de la Administración Pública, sobre los entes que les estén adscritos o se encuentren bajo su tutela.

Además, en las memorias se deben insertar aquellos documentos que el ministro considere indispensables, teniendo en cuenta su naturaleza y trascendencia, por lo que no deberán incluirse en las memorias simples relaciones de actividades o documentos (art. 77 LOAP).

La aprobación de las memorias de los ministros, conforme al artículo 78 de la LOAP, no comprende la de las convenciones y actos contenidos en ellas que requieran especial aprobación legislativa.

Conforme al artículo 79 LOAP, cada ministerio debe presentar una cuenta que debe acompañar la memoria y que debe contener una exposición de motivos, los estados contables mensuales y el resultado de las contabilidades ordenadas por la ley. La cuenta se dividirá en dos secciones: cuenta de rentas y cuenta de gastos.

Esta cuenta debe estar vinculada a la memoria, al plan estratégico respectivo y a sus resultados, de manera que constituya una exposición integrada de la gestión del ministro y permita su evaluación conjunta (art. 80).

En el caso específico de la cuenta del Ministerio de Finanzas, el artículo 81 LOAP exige que debe comprender, además, la Cuenta General de Rentas y Gastos públicos, la cual debe centralizar el movimiento general de todos los ramos de rentas y de gastos y la Cuenta de Bienes nacionales adscritos a los diversos ministerios, con especificación del movimiento de los bienes muebles e inmuebles, de conformidad con la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector público[7].

G. *Los viceministros*

Los viceministros son los órganos inmediatos del ministro, y tienen a su cargo, específicamente, la supervisión de las actividades de sus respectivas dependencias de acuerdo con las instrucciones del ministro. Los viceministros, además, tienen a su cargo las atribuciones que les otorguen la Ley Orgánica de la Administración Pública y el reglamento orgánico del ministerio, así como el conocimiento y la decisión de los asuntos que les delegue el ministro (art. 82 LOAP).

Conforme al artículo 65 LOAP, los viceministros son de libre nombramiento y remoción por el Presidente de la República, oída la propuesta del ministro correspondiente. Lamentablemente, en nuestro criterio, con esta norma se rompe la línea jerárquica en la conducción de los ministerios, pues este nombramiento debería corresponder a los ministros y no al Presidente de la República.

No pueden existir ni crearse cargos de viceministro sin asignación específica de sectores de actividad administrativa; aun cuando los viceministros pueden tener asignado más de un sector (art. 66).

El artículo 83 LOAP enumera las siguientes competencias comunes de los viceministros:

1. Seguir y evaluar las políticas a su cargo; dirigir, planificar, coordinar y supervisar las actividades de las dependencias de sus respectivos despachos, y resolver los asuntos que les sometan sus funcionarios o funcionarias, de lo cual darán cuenta al ministro o ministra en los gabinetes ministeriales o cuando éste o ésta lo considere oportuno.

2. Ejercer la administración, dirección, inspección y resguardo de los servicios, bienes y ramos de renta de sus respectivos despachos.

3. Comprometer y ordenar, por delegación del ministro o ministra, los gastos correspondientes a las dependencias a su cargo.

4. Suscribir los actos y correspondencia de los despachos a su cargo.

5. Cumplir y hacer cumplir las órdenes e instrucciones que les comunique el ministro o ministra, a quien darán cuenta de su actuación.

---

7 Véase en *Gaceta Oficial* n.º *G.O.* nº 38.198 de 31 de mayo de 2005.

6. Coordinar aquellas materias que el ministro o ministra disponga llevar a la cuenta del Presidente de la República, del Vicepresidente Ejecutivo, al Consejo de Ministros y a los gabinetes sectoriales.

7. Asistir a los gabinetes ministeriales y presentar en los mismos los informes, evaluaciones y opiniones sobre las políticas de los ministerios.

8. Ejercer la potestad disciplinaria, con arreglo a las disposiciones legales o reglamentarias correspondientes.

9. Contratar por delegación del ministro o ministra los servicios de profesionales y técnicos por tiempo determinado o para obra determinada.

10. Llevar a conocimiento y resolución del ministro, los asuntos o solicitudes que requieran su intervención, incluyendo las que por su órgano sean presentadas por las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales legalmente constituidas.

11. Someter a la decisión del ministro o ministra los asuntos de su atribución en cuyas resultas tengan interés personal directo, por sí o a través de terceras personas.

12. Delegar atribuciones, gestiones y la firma de documentos, conforme a lo que establezca esta ley y su reglamento.

2. *Los principios de la organización ministerial*

Tal como se ha indicado, los ministros son los órganos directos del Presidente de la República, por lo que los ministerios constituyen las organizaciones más importantes del poder ejecutivo nacional para la ejecución de las políticas estatales. Los principios de organización de mayor relevancia que tiene la Administración ministerial, dentro del complejo de la Administración central, además de la uniformidad organizativa plasmada en el artículo 64 LOAP, son los siguientes: la unidad de la personalidad jurídica; la unidad patrimonial; la unidad presupuestaria; la unidad jerárquica; y la unidad sectorial.

A. *La unidad de la personalidad jurídica*

La Administración Pública nacional central en Venezuela, está configurada por el conjunto de los órganos administrativos a través de los cuales o por cuyo intermedio se manifiesta la voluntad o el actuar de la República, como persona jurídica.

El Estado venezolano, como entidad nacional, como se ha dicho, tiene una sola personalidad jurídica, la de la República, y todos los órganos de la Administración central responden a dicha personalidad jurídica única (*Introducción, V, y segunda parte*). La "personalidad jurídica de la Administración" nacional central, por tanto, es una sola y única, la de la República, por lo que los diversos órganos de la Administración central no tienen personalidad propia. También, tal como se señaló, los órganos de la Administración Pública nacional que ejercen otros poderes públicos tampoco tienen personalidad jurídica propia, sino que participan de la personalidad de la República, y cuando actúan, jurídicamente hablando, actualizan la personalidad jurídica de la República.

En la misma forma, los ministerios no tienen personalidad jurídica propia, sino que son órganos de una sola persona jurídica: la República. Cuando las Administraciones ministeriales o, en general, el Ejecutivo nacional contratan o sus órganos causan un daño, quien contrata o responde, por supuesto, es la República

Por tanto, la Administración ministerial, como parte de la Administración central, tiene una sola y única personalidad jurídica: la personalidad de la República, como persona nacional, distinta, en el ámbito territorial, de las otras personas político territoriales: los estados y municipios; y distinta, también, en el ámbito funcional, de los entes descentralizados funcionalmente, como por ejemplo los institutos autónomos y las empresas del Estado.

B. *La unidad patrimonial: la unidad del tesoro*

A la existencia de una sola y única personalidad jurídica de la Administración central ministerial se acompaña la existencia, también, de una unidad patrimonial de la Administración central ministerial.

El patrimonio de la República, como persona jurídica, es uno y único, por lo que todos los ingresos recaudados por los ministerios, incluso por los servicios autónomos sin personalidad jurídica, todos los gastos efectuados por los servicios ministeriales, y todos los bienes adscritos a los ministerios son ingresos, gastos y bienes nacionales, regidos por la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector público y sometidos al control de la Contraloría General de la República, conforme a lo prescrito en el artículo 289 C.

El sustento fundamental del principio de la unidad patrimonial de la Administración central ministerial, derivado de la unidad de personalidad jurídica, en materia hacendística, es el denominado principio de la unidad del Tesoro, el cual implica que la masa general del Tesoro es una y única, por lo que todos los ingresos nacionales deben ir a la masa general del Tesoro, sin afectación específica a un servicio de la Administración central o ministerial; así como todos los gastos de la Administración central ministerial, deben hacerse con cargo a esa masa general del Tesoro, sin afectar una partida patrimonial específica de algún órgano administrativo.

Este principio de la unidad del Tesoro, o unidad patrimonial de la Administración central ministerial, está indirectamente consagrado en el artículo 14 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector público al establecer en su artículo 34 que no se podrá destinar específicamente el producto de ningún ramo de ingreso con el fin de atender el pago de determinados gastos, ni predeterminarse asignaciones presupuestarias para atender gastos de entes o funciones estatales específicas, salvo las afectaciones constitucionales. No obstante, y sin que ello constituya la posibilidad de realizar gastos extra presupuestarios, podrán ser afectados para fines específicos los siguientes ingresos: 1.º Los provenientes de donaciones, herencias o legados a favor de la República o sus entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales, con destino específico; 2.º Los recursos provenientes de operaciones de crédito público; 3.º Los que resulten de la gestión de los servicios autónomos sin personalidad jurídica, y 4.º El producto de las contribuciones especiales.

Sin embargo, no todas estas excepciones al principio de la no afectación de ingresos a gastos específicos implican excepciones al principio de la unidad patrimonial de la Administración central ministerial; esto sólo se produciría en caso de que exista una separación patrimonial, mediante la creación de un patrimonio autónomo o separado para la realización de determinadas actividades, con cierta autonomía de gestión, lo cual se produciría en los siguientes casos: el establecimiento de un patrimonio separado, consecuencia de un régimen especial de gestión de un servicio público; la creación de patrimonios autónomos, mediante ley, para constituir fondos de inversión, sea que éstos tengan personalidad jurídica, como fue el Fondo de Inversiones de Venezuela, en cuyo caso había una descentralización funcional, sea que no la tengan, como sucedió con el Fondo de Financiamiento a las Exportaciones; y los que resulten de la gestión de servicios autónomos sin personalidad jurídica.

Respecto de estos últimos, los denominados servicios autónomos sin personalidad jurídica en los últimos años han venido creándose mediante decreto, para la prestación de determinados servicios, con la característica de que los ingresos que originan dichos servicios no van a la masa general del Tesoro, sino que se afectan al funcionamiento del mismo servicio, el cual, a pesar de su autonomía de gestión, permanece integrado en la estructura orgánica del ministerio respectivo.

Estos servicios, como se dijo, están ahora regulados en la Ley Orgánica de la Administración Pública en la cual se dispuso que el Presidente de la República, mediante el reglamento orgánico respectivo, en Consejo de Ministros, puede crear órganos con carácter de servicios autónomos sin personalidad jurídica u otorgar tal carácter a órganos ya existentes en los ministerios y las oficinas nacionales (art. 92); ello con el propósito de obtener recursos propios producto de su gestión para ser afectados al financiamiento de un servicio público determinado. De acuerdo con la Ley Orgánica de la Administración Pública, sólo puede otorgarse tal carácter de servicio autónomo sin personalidad jurídica en aquellos casos de prestación de servicios a cargo del Estado que permitan, efectivamente, la captación de ingresos propios (art. 92).

En todo caso, los referidos servicios son órganos que deben depender jerárquicamente del ministro o del viceministro que determine el respectivo reglamento orgánico (art. 92).

Estos servicios autónomos sin personalidad jurídica deben contar con un fondo separado, para lo cual deben estar dotados de la autonomía que acuerde el reglamento orgánico que les otorgue tal carácter. Conforme al artículo 34,3 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector público[8], los ingresos provenientes de la gestión de los servicios autónomos sin personalidad jurídica no forman parte del Tesoro y, en tal virtud, pueden ser afectados directamente, de acuerdo con los fines para los cuales han sido creados. Tales ingresos sólo pueden ser utilizados para cubrir los gastos que demanda el cumplimiento de sus fines (art. 93).

C. *La unidad presupuestaria*

La Administración central, conforme a la Constitución, tiene un régimen presupuestario único, tal como lo precisa el artículo 314 al señalar que “no se hará ningún gasto (*sic*) que no haya sido previsto en la ley de presupuesto”. Esta unidad de régimen, caracterizado por la rigidez presupuestaria con la sola excepción de los créditos adicionales al Presupuesto, se aplica en igual forma a todos los órganos de la Administración central y ministerial.

Por otra parte, en cuanto a la ordenación de pagos, los ministros son los ordenadores de pago en lo que concierne a sus respectivos despachos; y en cuanto a los otros órganos de la Administración Pública, conforme al artículo 51 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector público, el director del despacho del Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo de la República, el presidente de la Asamblea Nacional, el presidente del Tribunal Supremo de Justicia, el presidente del Consejo Moral Republicano, el Contralor General de la República, el Fiscal General de la República, el Defensor del Pueblo, el presidente del Consejo Nacional Electoral, el Procurador General de la República, el Superintendente Nacional de Auditoria Interna y las máximas autoridades de los entes descentralizados sin fines empresariales serán los ordenadores de compromisos y pagos en cuanto al presupuesto de cada uno de los entes u organismos que dirigen.

Ahora bien, en cuanto a la Administración central ministerial, la unidad presupuestaria se manifiesta, particularmente, en el mismo régimen de ejecución presupuestaria, entre otros, en los siguientes aspectos: en los compromisos presupuestarios, en el sentido de que los ministros no pueden adquirir compromisos para los cuales no existan créditos presupuestarios, ni disponer de créditos para una finalidad distinta a la prevista, estando sometidos dichos compromisos al control de contratos o compromisos financieros establecidos en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; y en la ordenación de los pagos, sometida a las mismas formalidades y modalidades de control conforme a las normas de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

---

8 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 37.029 del 5 de septiembre de 2000.

D. *La unidad jerárquica*

Además de la unidad de la personalidad jurídica y de la unidad patrimonial y presupuestaria, las administraciones ministeriales responden también al principio básico de la organización administrativa: la jerarquía administrativa. Así, los ministerios tienen una unidad jerárquica fundamental, que sitúa en su cúspide, al ministro, como funcionario encargado de orientar, dirigir, coordinar, supervisar y controlar las actividades del ministerio, tal como lo precisa la Ley Orgánica de la Administración Pública (art. 76.2). Este mismo texto le asigna al ministro las siguientes funciones relacionadas con la potestad jerárquica: ejercer la superior administración, dirección, inspección y resguardo de los servicios, bienes y ramos de renta del ministerio; resolver los recursos administrativos que les corresponda conocer y decidir de conformidad con la ley; resolver los conflictos de competencia entre funcionarios del ministerio y ejercer la potestad disciplinaria, con arreglo a las disposiciones legales o reglamentarias.

En el ejercicio de sus funciones como superiores jerárquicos del despacho ministerial, los ministros están asistidos por los viceministros, quienes actúan como órganos inmediatos del ministro, conforme al artículo 82 LOAP. Los viceministros tienen a su cargo supervisar las actividades de sus respectivas dependencias de acuerdo con las instrucciones del ministro, y tienen a su cargo, además, el conocimiento y la decisión de los asuntos que les delegue el ministro.

E. *La unidad sectorial*

De acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica de la Administración Pública, los ministerios deben ser los órganos centrales de los sistemas administrativos que deben establecerse en cada sector; de allí inclusive que las competencias distribuidas en el decreto de organización ministerial deben tener una orientación sectorial.

Esta unidad sectorial, como principio de organización de los ministerios, implica que los ministros tienen entre sus funciones comunes las de control de la Administración descentralizada perteneciente al sector. En tal sentido, a los ministros corresponde, en su respectivo sector, ejercer la rectoría de las políticas públicas que deben desarrollar los institutos autónomos, empresas y fundaciones del Estado adscritos a sus despachos, así como las funciones de coordinación y control que les correspondan conforme a la Ley Orgánica, a las leyes especiales de creación y a los demás instrumentos jurídicos respectivos (art. 76.12).

V. LA FUERZA ARMADA NACIONAL

Pero además de los órganos constitucionales antes mencionados regulados en la Ley Orgánica de la Administración Pública, en la Constitución se prevé otra organización, que por tanto tiene fuente constitucional y que se ubica dentro de la Administración Pública nacional; y en particular, dentro de la Administración central. Se trata de las Fuerza Armada que forma parte del poder ejecutivo y que tiene dependencia en relación con el Presidente de la República.

En efecto, la Constitución, en el artículo 328, precisa que la Fuerza Armada Nacional constituye una institución esencialmente profesional, sin militancia política, organizada por el Estado para garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico, mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional, de acuerdo con la Constitución y la ley. En el cumplimiento de sus funciones, está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna. Sus pilares fundamentales son la disciplina, la obediencia y la subordinación.

Por su parte, el artículo 237 C. le atribuye al Presidente de la República competencias para dirigir la Fuerza Armada nacional en su carácter de comandante en jefe, ejercer la suprema autoridad jerárquica de ella y fijar su contingente (ord. 5.º), así como ejercer el mando supremo de la Fuerza Armada Nacional, promover sus oficiales a partir del grado de coronel o capitán de navío, y nombrarlos para los cargos que les son privativos (ord. 6.º).

La Constitución precisa. además, que la Fuerza Armada está integrada por el Ejército, la Armada, la Aviación y la Guardia Nacional, que funcionan de manera integral dentro del marco de su competencia para el cumplimiento de su misión, con un régimen de seguridad social integral propio, según lo establezca su respectiva ley orgánica (art. 327)[9]. Agrega además el artículo 329 C., que el Ejército, la Armada y la Aviación tienen como responsabilidad esencial la planificación, ejecución y control de las operaciones militares requeridas para asegurar la defensa de la Nación. Se indica también que la Guardia Nacional debe cooperar en el desarrollo de dichas operaciones y tiene como responsabilidad básica la conducción de las operaciones exigidas para el mantenimiento del orden interno del país. Además, la Constitución prescribe que la Fuerza Armada podrá ejercer las actividades de policía administrativa y de investigación penal que le atribuya la ley.

La forma de integración de la Fuerza Armada al poder ejecutivo, partiendo, por supuesto, de la Constitución, se realiza a través de uno de los ministerios, el Ministerio de la Defensa que se integra a la Administración Pública nacional, y en particular a la Administración central[10].

Pero la integración de la Fuerza Armada al Ministerio de la Defensa es, sin duda, peculiar, pues da origen a la superposición de dos organizaciones: una administrativa y una jerárquica militar. Esto se produce mediante un sistema de organización a través de cuatro órganos desconcentrados: las comandancias generales de los cuatro componentes (Ejército, Marina, Aviación, Guardia Nacional), reguladas en la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales[11]. En cada una de ellas, el nivel jerárquico superior está en la comandancia general de cada uno de los componentes, integrados todos al Ministerio de la Defensa, pero no como dependencias jerárquicas centrales, sino como dependencias jerárquicas desconcentradas. El Ministerio de la Defensa, por tanto, tiene una doble organización: por una parte, una organización central de los servicios centrales (servicios de educación, de sanidad, etc.) de la Fuerza Armada; y por la otra, una organización desconcentrada de los cuatro componentes. En éstos se da la figura precisa de la desconcentración administrativa (no la delegación ni la descentralización), mediante la cual se dota a estas organizaciones de autonomía funcional.

Sin embargo, a pesar de la fuente constitucional de la organización militar, la Fuerza Armada nacional es parte de la Administración pública, de lo que se infiere, como lo ha dicho la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia 1028 del 9 de mayo de 2000 (caso Poncio Mogollón M. y otros *vs.* República (Ministerio de la Defensa) que en Venezuela no se puede "hablar de una Administración Pública militar, regida por un derecho administrativo militar, en el que exista una forma de agotar la vía

---

9 Véase Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales, *Gaceta Oficial* n.º 4.860 Extra de 22 de febrero de 1995 y Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Nacionales, *Gaceta Oficial* n.º 35.752 de 13 de julio de 1995.

10 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Las Fuerzas Armadas Nacionales y la organización de la Administración central", en *Normativa Fundamental de la Guardia Nacional y de sus Funciones Institucionales*, Obra Conmemorativa del 42 Aniversario de la creación de la Guardia Nacional 1937-1979, t. I, vol. I, Mérida, Comandancia General de la Guardia Nacional, 1979, pp. 27-93.

11 Véase en *Gaceta Oficial* n.° 3.256, Extra. del 26 de septiembre de 1983.

administrativa militar" lo que resultaría "un contrasentido, que tan sólo sería viable en la medida en que exista una habilitación constitucional o legal explícita, que limite los derechos del administrado", agregando que:

En este orden de ideas uno de los avances más significativos de la Constitución se centra en incorporar la jurisdicción penal militar a la estructura misma del poder judicial, y establecer como regla el juez natural civil u ordinario frente a la especialidad de la justicia militar, que tan sólo tendrá cabida bajo el régimen excepcional de los delitos militares cuya ocurrencia se produzca en una situación excepcional (artículo 261).

Por otro lado, el artículo 49 del texto fundamental de la República Bolivariana de Venezuela, cuando establece el derecho al debido proceso, extiende su ámbito a los procedimientos y actuaciones de carácter administrativo. En consecuencia, siendo la Fuerza Armada una institución inserta dentro de la organización administrativa del estado, deberá ésta someterse a las reglas de legalidad, racionalidad, debido proceso y justicia, que prevén tanto la Constitución, como en su actuación administrativa, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, a menos que exista una norma de rango legal que prime sobre la ley procedimental administrativa[12].

VI. LOS ÓRGANOS SUPERIORES DE CONSULTA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL CENTRAL

En cuanto a los órganos superiores de consulta de la Administración Pública central, el artículo 45 de la Ley se limita a señalar que son la Procuraduría General de la República, el Consejo de Estado, el Consejo de Defensa de la Nación, los gabinetes sectoriales y los gabinetes ministeriales.

1. *La procuraduría general de la república*

El artículo 247 C. regula a la Procuraduría General de la República dentro de los órganos que ejercen el poder ejecutivo nacional, con la misión de asesorar, defender y representar judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República. Dicho órgano, además, debe ser consultado para la aprobación de los contratos de interés público nacional. La ley, sin embargo, debe determinar la modalidad, efectos y casos en los cuales debe formularse esta consulta.

La Procuraduría General de la República depende jerárquicamente del Presidente de la República, y no puede considerarse, a pesar de su rango constitucional, como una Administración con autonomía funcional. Al contrario, forma parte completamente de la Administración Pública central, aun cuando esté regulada por la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República[13] (art. 247) y no por la Ley Orgánica de la Administración Pública.

2. *El consejo de estado*

El Consejo de Estado, creado por el artículo 251 C., es el órgano superior de consulta de gobierno y de la Administración Pública, y está presidido por el Vicepresidente Ejecutivo (art. 49.15 LOAP).

12 Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 214.

13 Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, decreto ley. n.º 1.556, *Gaceta Oficial* n.º 5.554 Extra. del 13 de noviembre de 2001

Corresponde al Consejo de Estado recomendar políticas de interés nacional en aquellos asuntos a los que el Presidente de la República reconozca de especial trascendencia y requieran de su opinión.

Conforme al artículo 84 LOAP, la competencia, organización y funcionamiento del Consejo de Estado también se remite a una ley especial.

3. *El consejo de defensa de la nación*

El Consejo de Defensa de la Nación, regulado en el artículo 323 C., es el máximo órgano de consulta para la planificación y asesoramiento del poder público en los asuntos relacionados con la defensa integral de la Nación, su soberanía y la independencia de su espacio geográfico. A tales efectos, le corresponde también establecer el concepto estratégico de la Nación.

El Consejo está presidido por el Presidente de la República y lo integran, además, el Vicepresidente Ejecutivo, el presidente de la Asamblea Nacional, el presidente del Tribunal Supremo de Justicia, el presidente del Consejo Moral Republicano y los ministros de los sectores de la defensa, la seguridad interior, las relaciones exteriores y la planificación y otros cuya participación se considere pertinente.

La Ley Orgánica de Seguridad de la Nación[14], ha fijado la organización y atribuciones del Consejo. Estimamos que en dicha Ley debió incorporar al Consejo, al presidente del Consejo de Nacional Electoral, órgano que ejerce el quinto de los poderes públicos nacionales (poder electoral), el cual, sin embargo, no se enumera en el artículo 323 C. entre los integrantes del Consejo. El artículo 35 de la ley, sin embargo, repitió la enumeración constitucional.

4. *Los gabinetes sectoriales*

Los gabinetes sectoriales tienen por misión asesorar y proponer acuerdos o políticas sectoriales al Presidente de la República, así como estudiar y hacer recomendaciones sobre los asuntos a ser considerados por el Consejo de Ministros. Su creación corresponde al Presidente de la República, quien además, puede crearlos para coordinar las actividades entre varios ministerios o entre éstos y los entes públicos (art. 67). El reglamento respectivo debe establecer el funcionamiento de los gabinetes sectoriales (art. 69).

Estos gabinetes sectoriales están integrados por los ministros y las autoridades de los órganos rectores de los sistemas de apoyo técnico y logístico del sector correspondiente.

Los ministros integrantes de los gabinetes sectoriales sólo pueden delegar su asistencia y participación en los mismos en viceministros de su despacho (art. 68).

Los gabinetes sectoriales deben ser coordinados por el ministro que el Presidente de la República designe o por el Vicepresidente Ejecutivo cuando el Presidente lo considere necesario.

El Presidente de la República puede autorizar a los ministros coordinadores de los gabinetes sectoriales para que reciban la cuenta de los ministros que integran su gabinete sectorial, a fin de que el coordinador correspondiente le presente al Presidente o al Vicepresidente, según el caso, la cuenta de los ministros que integran el gabinete sectorial (art. 69).

De los asuntos tratados en los gabinetes sectoriales se debe informar al Consejo de Ministros, en cuyo seno deben conocerse y discutirse aquellos que de acuerdo con la Constitución y las leyes se correspondan con competencias que el Presidente de la República deba ejercer en Consejo de Ministros (art. 69).

---

14 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 37.594 del 18 de diciembre de 2002.

5. *Los gabinetes ministeriales*

Conforme al artículo 63 LOAP, cada ministro reunido con sus viceministros, conforma el gabinete ministerial, el cual debe contar con una unidad estratégica de seguimiento y evaluación de políticas públicas adscrita al despacho del ministro, integrada por un equipo interdisciplinario.

Los gabinetes ministeriales deben ejercer la alta dirección del ministerio y les corresponderá revisar, evaluar y aprobar previamente las resoluciones ministeriales.

La unidad estratégica de seguimiento y evaluación de políticas públicas debe analizar y evaluar la ejecución y el impacto de las políticas públicas que están bajo la responsabilidad del ministerio, y debe someter el resultado de sus estudios a la consideración del gabinete ministerial para que éste adopte las decisiones a que hubiere lugar (art. 63).

VII. EL RÉGIMEN DE LOS COMPROMISOS DE GESTIÓN

La Ley Orgánica de la Administración Pública ha regulado una novedosa forma de contratos estatales inter administrativos denominados compromisos de gestión, los cuales se definen como convenios celebrados entre órganos superiores de dirección y los órganos o entes de la Administración Pública entre sí, o celebrados entre aquéllos y las comunidades organizadas y organizaciones públicas no estatales, de ser el caso, mediante los cuales se establecen compromisos para la obtención de determinados resultados en los respectivos ámbitos de competencia, así como las condiciones para su cumplimiento, como contrapartida al monto de los recursos presupuestarios asignados (art. 129).

Los compromisos de gestión, por tanto, pueden celebrarse entre los órganos de la Administración Pública central (órganos superiores y órganos desconcentrados), y entre éstos y los entes descentralizados; y, además, entre los órganos y entes de la Administración Pública y las comunidades organizadas y organizaciones públicas no estatales.

Conforme al artículo 130 LOAP, los compromisos de gestión deben servir de fundamento para la evaluación del desempeño y la aplicación de un sistema de incentivos y sanciones de orden presupuestario en función del desempeño institucional.

La evaluación del desempeño institucional debe atender a los indicadores de gestión que establezcan previamente los órganos y entes de la Administración Pública nacional, de común acuerdo con el Vicepresidente Ejecutivo.

Los compromisos de gestión deben determinar y regular, en cada caso, por lo menos, los siguientes aspectos enumerados en el artículo 131 LOAP:

1. La finalidad del órgano desconcentrado, ente descentralizado funcionalmente, comunidades organizadas u organizaciones públicas no estatales, de ser el caso, con el cual se suscribe.
2. Los objetivos, metas y resultados, con sus respectivos indicadores de desempeño, que se prevé alcanzar durante la vigencia del compromiso nacional de gestión.
3. Los plazos estimados para el logro de los objetivos y metas.
4. Las condiciones organizacionales.
5. Los beneficios y obligaciones de los órganos y entes de la Administración Pública y de las comunidades organizadas y organizaciones públicas no estatales encargados de la ejecución.
6. Las facultades y compromisos del órgano o ente de control.
7. La transferencia de recursos en relación con el cumplimiento de las metas fijadas.

8. Los deberes de información de los órganos o entes de la Administración Pública, o las comunidades organizadas u organizaciones públicas no estatales encargadas de la ejecución.

9. Los criterios e instrumentos de evaluación del desempeño institucional.

10. Los incentivos y restricciones financieras institucionales e individuales de acuerdo al resultado de la evaluación, de conformidad con las pautas que establezca el respectivo reglamento de la LOAP.

Ahora bien, la República, por órgano de los ministerios de adscripción, bajo la coordinación de la Vicepresidencia de la República, puede condicionar las transferencias presupuestarias a las entidades descentralizadas funcionalmente, cuya situación financiera, de conformidad con la correspondiente evaluación por parte de los órganos de control interno, no permita cumplir de manera eficiente y eficaz su objetivo.

Dichas condiciones deben ser establecidas en un compromiso de gestión, en el cual se deben determinar los objetivos y los programas de acción con el fin de garantizar el restablecimiento de las condiciones organizacionales, funcionales y técnicas para el buen desempeño del ente, de conformidad con los objetivos y funciones señalados en la norma de creación y con las políticas de gobierno (art. 132).

Conforme al artículo 133 LOAP, los compromisos de gestión pueden adoptar las siguientes modalidades:

1. Compromisos de gestión sectorial, celebrados entre el Vicepresidente Ejecutivo y los ministros del ramo respectivo.

2. Compromisos de gestión territorial, celebrados entre el Vicepresidente Ejecutivo y los gobernadores de estado.

3. Compromisos de gestión de servicios públicos, celebrados entre el Vicepresidente Ejecutivo, el ministro de adscripción y la autoridad máxima del órgano o ente adscrito responsable de prestar el servicio.

4. Compromisos de gestión con comunidades organizadas u organizaciones públicas no estatales, celebrados entre el Vicepresidente Ejecutivo, el ministro del ramo afín al servicio prestado y la o las autoridades del servicio público no estatal, definido en los términos que establece la presente ley.

El reglamento respectivo debe determinar los contenidos específicos de cada una de las modalidades de compromisos de gestión.

Los compromisos de gestión se entienden perfeccionados con la firma del Vicepresidente Ejecutivo y la de los ministros de los despachos con competencia en materia de finanzas públicas y de planificación y desarrollo (art. 134).

Los mismos, sin embargo, deben hacerse del conocimiento público y entran en vigencia a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial* de la República, a los fines de permitir el control social sobre la gestión pública (art. 134).

VIII. EL RÉGIMEN DEL SISTEMA NACIONAL DE ARCHIVO Y DE LOS ARCHIVOS Y DOCUMENTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Conforme al artículo 143, el Estado debe crear, organizar, preservar y ejercer el control de sus archivos y debe propiciar su modernización y equipamiento para que cumplan la función probatoria, supletoria, verificadora, técnica y testimonial.

1. *Los órganos de archivo*

El artículo 142 LOAP establece que en cada órgano o ente de la Administración Pública debe haber un órgano de archivo, el cual se define en el artículo 140 ibídem como el ente o unidad administrativa del Estado que tiene bajo su responsabilidad la custodia, organización, conservación, valoración, selección, desincorporación y transferencia de documentos oficiales sea cual fuere su fecha, forma y soporte material, pertenecientes al Estado o aquéllos que se derivan de la prestación de un servicio público por comunidades organizadas, organizaciones públicas no estatales y entidades privadas.

El objetivo esencial de los órganos de archivo del Estado es el de conservar y disponer la documentación de manera organizada, útil, confiable y oportuna, de forma tal que sea recuperable para uso del Estado, en servicio de los particulares y como fuente de la historia (art. 141).

Los órganos de archivo, además, tienen por finalidad valorar, seleccionar, desincorporar y transferir a los archivos intermedios o al Archivo General de la Nación, según sea el caso, los documentos, expedientes, gacetas y demás publicaciones que deban ser archivadas conforme al reglamento respectivo (art. 142).

2. *El sistema nacional de archivo*

Conforme al artículo 145 LOAP, integran el Sistema nacional de Archivos: el Archivo General de la Nación y los órganos de archivo de los órganos y entes del Estado. Los entes u órganos integrantes del Sistema nacional de Archivos, de acuerdo con sus funciones, deben llevar a cabo los procesos de planeación, programación y desarrollo de acciones de asistencia técnica, ejecución, control y seguimiento.

El Archivo General de la Nación es el órgano de la Administración Pública nacional responsable de la creación, orientación y coordinación del Sistema nacional de Archivos y tiene bajo su responsabilidad velar por la homogeneización y normalización de los procesos de archivo, promover el desarrollo de los centros de información, la salvaguarda del patrimonio documental y la supervisión de la gestión archivística en todo el territorio nacional (art. 144).

El Archivo General de la Nación puede, de oficio o a solicitud de parte, realizar visitas de inspección a los archivos de los órganos y entes del Estado con el fin de verificar el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Administración Pública y en el respectivo reglamento (art. 152).

El Archivo General de la Nación debe coordinar la elaboración y ejecución del Plan nacional de Desarrollo Archivístico (art. 145).

Este Plan nacional de Desarrollo Archivístico se debe incorporar a los planes de la Nación y se debe elaborar con la participación y cooperación de las universidades con carreras en el campo de la archivología (art. 146).

3. *La documentación administrativa*

El artículo 147 LOAP establece el principio de que la documentación administrativa e histórica de la Administración Pública es producto y propiedad del Estado, declarando además a los documentos y archivos del Estado como de interés público (art. 154). En consecuencia, el Estado debe ejercer el pleno control sobre los fondos documentales existentes en los archivos, no siendo susceptibles de enajenación (art. 147).

El artículo 147 LOAP, por otra parte, autoriza a los órganos y entes de la Administración Pública para contratar servicios de custodia, organización, reprografía, digitalización y conservación de documentos de archivos; igualmente para contratar la administración de archivos y fondos documentales históricos con universidades nacionales e instituciones de reconocida solvencia académica e idoneidad (art. 147).

Los órganos y entes de la Administración Pública pueden incorporar tecnologías y emplear cualquier medio electrónico, informático, óptico o telemático para el cumplimiento de sus fines.

Los documentos reproducidos por los citados medios gozan de la misma validez y eficacia del documento original, siempre que se cumplan los requisitos exigidos por ley y se garantice la autenticidad, integridad e inalterabilidad de la información (art. 148).

Los órganos y entes de la Administración Pública que se supriman o fusionen deben entregar sus archivos y fondos documentales a las entidades que asuman sus funciones; además, los entes u órganos de la Administración Pública que sean objeto de privatización deben transferir copia de sus documentos históricos al Archivo General de la Nación (art. 150).

Conforme al artículo 151 LOAP, mediante reglamento deben determinarse las características específicas de los archivos de gestión, la obligatoriedad de la elaboración y adopción de tablas de retención documental en razón de las distintas cronologías documentales y el tratamiento que deben recibir los documentos de los registros públicos, notarías y archivos especiales de la Administración Pública. Asimismo, el reglamento debe establecer lo concerniente a los documentos producidos por las entidades privadas que presten servicios públicos (art. 151).

4. *Los documentos de valor histórico y de interés general*

Los documentos que posean valor histórico, aun cuando hayan sido reproducidos o almacenados mediante cualquier medio, no pueden ser destruidos (art. 149); acarreando la violación de esta prohibición las sanciones que establezca la ley (art. 149).

El artículo 154 LOAP establece que sin perjuicio del derecho de propiedad y siguiendo el procedimiento que se establezca al efecto por el reglamento respectivo, pueden declararse de interés público documentos privados, los cuales, en tal caso, formarán parte del patrimonio documental de la Nación. El Ejecutivo nacional, por medio del reglamento respectivo, debe establecer las medidas de estímulo al desarrollo de los archivos privados declarados de interés público

Las personas naturales o jurídicas de carácter privado, por tanto, pueden ser propietarios, tenedores o poseedores de los documentos declarados de interés histórico, correspondiendo al Archivo General de la Nación, ejercer el control y vigilancia sobre dichas personas (art. 153).

Sin embargo, los particulares y las entidades privadas, poseedores o tenedoras de documentos declarados de interés público, no pueden trasladarlos fuera del territorio nacional, ni transferir a título oneroso o gratuito la propiedad, posesión o tenencia de los mismos, sin previa información escrita al Archivo General de la Nación (art. 154).

El ministerio de adscripción correspondiente puede ejecutar medidas tendientes a impedir la salida del país de documentos históricos, aun cuando fueren de propiedad particular, sin que haya constancia de que hayan sido ofrecidos en venta a la Nación y de que haya quedado copia en el Archivo General de la Nación (art. 153).

Por otra parte, la ley Orgánica dispone que toda persona que descubra documentos históricos y suministre los datos necesarios para probar el derecho que a ellos tiene la República, debe recibir el resarcimiento correspondiente de conformidad con el reglamento respectivo (art. 153).

El artículo 153 LOAP considera nulas las enajenaciones o negociaciones que contravengan lo dispuesto en la ley, estableciendo que quienes las efectúen y conserven en su poder sin causa legítima los bienes expresados, deben ser sancionados de conformidad con la ley (art. 153).

Las nuevas normas en esta materia de Archivos nacionales a que nos hemos referido anteriormente, establecidas en la LOAP, sin duda, derogan parcialmente las disposiciones de la vieja Ley de Archivos Nacionales de 1945[15].

[15] Véase *Gaceta Oficial* n.º 21.760 del 13 de julio de 1945.

§ 10. Los principios jurídicos de la competencia en la organización administrativa

El término Administración Pública, como hemos visto, puede ser definido desde el punto de vista de la actividad administrativa o como el conjunto de órganos del Estado dispuestos para cumplir un determinado fin.

En esta forma, la Administración, configurada como un grupo de órganos dispuestos para un fin, implica la organización, es decir, que esos órganos tienen que estar ordenados en una forma determinada para cumplir adecuadamente los fines del Estado. Así, organizar es ordenar, y en el caso de la organización administrativa es ordenar un conjunto de órganos para el cumplimiento de los fines del Estado. En ese proceso de ordenación se incluyen, básicamente, las reglas o las normas que distribuyen las competencias y las atribuciones, y que regulan el funcionamiento de los órganos del Estado. Por ello, el principio de la competencia es tan esencial a toda organización, como son los mencionados principios jurídicos de la jerarquía, la coordinación y la descentralización, sin los cuales puede decirse que no habría organización[1].

I. LA COMPETENCIA

1. *Noción*

La competencia es la aptitud legal que tienen los órganos de la Administración para actuar la voluntad del Estado[2], o en otras palabras, es el conjunto de facultades, de poderes y de atribuciones que le han sido legalmente asignados a los órganos del Estado para actuar en sus relaciones con los particulares[3]. Como la ha definido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la competencia es "la capacidad legal de actuación de la Administración, es decir, representa la medida de una potestad genérica que le ha sido conferida por ley. De allí, que la competencia no se presuma sino que debe constar expresamente por imperativo de la norma legal"[4].

En tal sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo también ha señalado:

---

1 En general, véase, JOSÉ ANTONIO GARCÍA TREVIJANO-FOS, *Principios jurídicos de la organización administrativa*, Madrid, 1957; íd. *Tratado de derecho administrativo,* t. II, Vol. I, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1974, pp. 389 y ss.; y JAMES O. MOONEY, *Principios de organización,* Madrid, 1958.

2 Véase lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa en sentencia de 28 de enero de 1964, en *Gaceta Oficial* n.° 27.367 de 13 de febrero de 1964, pp. 203.359 y ss. y en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y estudios de derecho administrativo,* t. III, vol. 1, "Reglamentos, procedimientos y actos administrativos", Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1977, p. 197. Sobre la competencia véase, en general, JUAN COLOMBO CAMPELL, *La competencia*, Santiago de Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1959; y RAFAEL A. ARNANZ, *De la competencia*, Madrid, 1967.

3 Cfr. en general, LUIS FRAGA PITTALUGA, *La incompetencia en el derecho administrativo (Adaptado a la Constitución 1999 y a la Ley Orgánica de la Administración Central 1999)*, Caracas, 2000.

4 Véase la sentencia 3052 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, del 19 de diciembre de 2001, caso Jaime Manzo M. y otros *vs.* Presidente de la República, *Revista de Derecho Público*, No. 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 132. Véase igualmente, sentencia de la Sala Constitucional 1395 del 7 de agosto de 2001, caso Fiscal General de la República *vs*. Asamblea Legislativa del Estado Aragua, *Ibíd.,* p. 193.

Conforme a lo anterior, cuando el artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone que "El poder público se distribuye entre el poder municipal, el poder estadal y el poder nacional", significa que cada ente político territorial del poder público, solamente tiene competencia para dictar sus leyes y actos dentro de los límites de los respectivos territorios que le asignan la Constitución y las leyes, y dependiendo de las materias que cada uno de ellos esté llamado a regular.

Con tal manifestación -como antes se expresó- la Constitución no hace otra cosa que consagrar un elemento esencial del derecho público, como lo es el principio de la competencia de los funcionarios y de los órganos públicos, precepto según el cual todas las actuaciones de la Administración están subordinadas a la ley, de modo que ésta sólo puede hacer lo que la ley le permite, de allí que, la nulidad sea la consecuencia jurídica de la inobservancia del aludido principio[5].

Ahora bien, utilizando elementos propios del derecho privado, la competencia puede considerarse como la aptitud que tiene un órgano del Estado para actuar; pero con la diferencia de que la competencia no solamente concede la facultad de actuar, sino que también constituye una obligación y un límite dentro del cual puede actuar el órgano estatal.

Por tanto, la competencia no sólo es atributiva de facultades sino también limitativa; tiene esa doble característica, y por eso es que la competencia, como concepto de derecho público, se distingue de la capacidad de derecho privado.

La competencia, por tanto, no sólo debe ser objeto de texto expreso, sino que incluso por ello en principio es de obligatorio cumplimiento y debe ser ejercida bajo las condiciones, límites y procedimientos establecidos legalmente[6]. De ello deriva el principio general de que la competencia es irrenunciable, indelegable, improrrogable y no puede ser relajada por convención alguna, salvo los casos expresamente previstos en las leyes y demás actos normativos (art. 26 LOAP).

2. *La obligatoriedad de la competencia*

Como se dijo, la competencia, aun cuando en la organización administrativa cumple una función similar a la capacidad de las personas jurídicas en el derecho privado, tiene notables diferencias con ésta, entre las cuales está que la competencia no se presume, sino que debe estar expresamente prevista en la Constitución o en la ley[7]; y si bien se ha admitido que puede haber competencias implícitas, como excepción a la regla, su aplicación en todo caso es restrictiva, en el sentido de que, "en ejercicio de las potestades implícitas, la Administración no podría desplegar actuaciones que afecten derechos subjetivos de los particulares, por cuanto ello podría suceder sólo mediante norma atributiva de competencia"[8].

---

5 Véase sentencia 3255 del 18 de noviembre de 2003, caso Impugnación de varios artículos de la Constitución del Estado Miranda, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, p. 315.

6 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, p. 47 y ss.

7 Tal como lo señaló la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, la competencia "debe emerger del texto expreso de una regla de derecho, ya sea de la Constitución, la ley, el reglamento o la ordenanza". Véase la sentencia citada del 28 de enero de 1964, *Gaceta Oficial* n.° 27.367 de 13 de febrero de 1964, pp. 203.359 y ss. y en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y estudios de derecho administrativo,* t. III, vol. 1, "Reglamentos, procedimientos y actos administrativos", cit., p. 197. En igual sentido, véase la sentencia de la misma Sala del 11 de agosto de 1965, en *Gaceta Oficial* n° 27.845 de 22 de septiembre de 1965, p. 207.324; y en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, íd., t. III, vol. 1, p. 199.

8 Véase sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia n.º 97 y 98 del 11 de febrero de 2004, en *Revista de Derecho Público*, n.º 97 y 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, p. 190

Al contrario, en el campo del derecho privado, la capacidad es la regla, siendo las incapacidades la excepción, por lo que son éstas las que deben estar previstas expresamente en la ley.

En contraste, la necesidad de que la competencia esté expresamente prevista en la ley implica, además, que el ejercicio de la misma deba justificarse siempre, razón por la cual, el funcionario, al dictar un acto, debe comenzar por indicar la norma atributiva de competencia (base legal).

Adicionalmente, las leyes que regulan la competencia son de aquellas denominadas de orden público, lo que implica que no pueden relajarse ni derogarse por convenios entre particulares (art. 6, C.C.), ni por voluntad del funcionario público a quien corresponde su ejercicio. En cambio, contractualmente puede renunciarse al ejercicio de determinados derechos derivados de la capacidad en el campo privado: por ejemplo, a ejercer el comercio en determinada zona para evitar una competencia desleal.

En todo caso, es necesario tener en cuenta que las leyes que regulan la competencia pueden establecer una mayor o menor libertad en la apreciación de la oportunidad y conveniencia de la actuación administrativa, lo que da origen a la denominada actividad discrecional. Pero esta libertad en la forma de ejercer la competencia no elimina su carácter obligatorio en cuanto a su ejercicio, de manera que la competencia, en efecto, no sólo otorga facultades al funcionario, sino que le impone una carga. Los funcionarios del servicio nacional tributario, por ejemplo, están obligados a liquidar los impuestos a quienes hayan hecho la declaración respectiva; no pudiendo libremente decidir no liquidarlos. En el campo del derecho privado, en cambio, los derechos que le confiere la capacidad a los particulares, en general, son de ejercicio facultativo, por lo que por ejemplo, nadie está obligado a comprar, a vender o a arrendar.

Por otra parte, la obligatoriedad de ejercicio de la competencia implica que ésta no puede libremente delegarse en un funcionario inferior, para lo cual se necesita una autorización legal expresa.

Por último, es preciso señalar que la competencia es constitutiva del órgano que debe ejercitarla; forma parte integrante de él, por lo que éste no se concibe sin competencia.

3. *La incompetencia y la nulidad*

La consecuencia del ejercicio de actividades o actuaciones por un órgano incompetente, es la propia invalidez de las mismas. Ello significa, conforme al artículo 26 LOAP, que los actos realizados por un órgano manifiestamente incompetente o que ha usurpado la autoridad, es nula y sus efectos se deben tener por inexistentes. Se recoge así el principio establecido en el artículo 138 C., con la misma redacción que tenía el artículo 119 C. de 1961, conforme al cual "toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos".

Por ello, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia 1182 del 11 de octubre de 2000, al referirse al "principio de la competencia" de los funcionarios y de los órganos públicos, destacó que ello implica que "las actuaciones de la Administración están subordinadas a la ley, de modo que ésta sólo puede hacer lo que la ley le permite; de allí que la nulidad sea la consecuencia jurídica de la inobservancia del aludido principio[9].

El supuesto de usurpación de autoridad, que es la manifestación más grave de la incompetencia, apunta al hecho de que una persona no investida de autoridad alguna ejerza una función que corresponde a un órgano estatal. Se trata de una incompetencia constitucional que acarrea la nulidad absoluta de los actos que dicte el usurpador.

---

9 Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 178.

4. *Ámbito de la competencia*

La competencia o la habilitación para actuar de la que disponen los órganos del Estado, puede analizarse desde diversos ángulos según el ámbito de la misma[10], en relación con las funciones del Estado, con la distinción entre gobierno y administración y en la propia Administración Pública.

A. *La competencia en el ámbito de las funciones del Estado*

a. *La separación orgánica de poderes y la no coincidencia con la separación de funciones*

En el ámbito estatal, si se analizan las competencias genéricas del Estado conforme al principio de la separación orgánica de poderes, lo primero que se constata es que la misma no coincide con una separación absoluta de funciones que puedan estar atribuidas exclusivamente a dichos órganos.

En efecto, como postulado general de la aplicación del principio de la separación de poderes en el régimen constitucional venezolano, puede afirmarse que la "división del poder" no coincide exactamente con la "separación de funciones" (*Introducción general, VII*). Por ello, no sólo en múltiples oportunidades los órganos del Estado ejercen, además de sus "funciones propias", diversas funciones que por su naturaleza deberían corresponder a otros órganos, sino que también en múltiples oportunidades la Constitución permite y admite la intervención o interferencia de unos órganos en las funciones propias de otros[11].

Así pues, como se ha dicho, la separación de poderes ha de entenderse en el sistema venezolano, en primer lugar, como una separación orgánica entre los órganos del poder público; y en segundo lugar, como una asignación de funciones propias a cada uno de dichos órganos; pero nunca como una separación de funciones atribuidas con carácter exclusivo a los diversos órganos. Al contrario, además de sus funciones propias, los órganos del Estado realizan funciones que por su naturaleza son semejantes a las funciones asignadas a otros órganos. En otras palabras, mediante este principio se reserva a ciertos órganos del Estado el ejercicio de una función en una forma determinada (funciones propias), lo que no excluye la posibilidad de que otros órganos ejerzan esa función en otra forma.

Por ejemplo, la Asamblea Nacional tiene atribuida la función normativa y, en forma privativa, la sanción de leyes actuando como cuerpo colegislador (art. 202), así como la emisión de diversos actos privativos de orden parlamentario (art. 187). Sin embargo, además del cumplimiento de la función normativa, la Asamblea Nacional realiza funciones administrativas, por ejemplo, cuando impone sanciones a quienes infrinjan sus reglamentos internos, cuando organiza su servicio de seguridad o cuando ejecuta su presupuesto de gastos (art. 187.21 y 22). Asimismo, la Asamblea Nacional ejerce funciones administrativas cuando designa o remueve su personal administrativo que ha sido excluido de la aplicación de la Ley del Estatuto de la Función Pública (art. 1.º, parágrafo 1.1), es decir, cuando realiza cualquier acto relativo a la administración de su personal. En estos casos, por supuesto, no podría verse violación alguna al principio de la separación de poderes, pues se trata de funciones de naturaleza distinta a las normativas que el ordenamiento jurídico permite realizar, porque en ningún dispositivo se indica que la función administrativa corresponde exclusivamente a los órganos del Ejecutivo nacional.

---

[10] Cfr. JOSÉ A. GARCÍA TREVIJANO-FOS, *Tratado de derecho administrativo* cit., t. II, vol. 1. pp. 395 y ss.

[11] Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Derecho administrativo,* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1975, t. I, cit. pp. 373 y ss.

Por otra parte, los órganos del poder judicial también pueden ejercer funciones administrativas. El Tribunal Supremo de Justicia y los tribunales de la República tienen atribuida la función jurisdiccional y, en forma privativa la adopción de decisiones acerca de pretensiones procesales de una parte frente a otra, de nulidad de actos del poder público o de condena de carácter penal, con fuerza de cosa juzgada, que emiten jurisdiccionalmente, en forma autónoma e independiente de los demás órganos del poder público (art. 254). Sin embargo, además del cumplimiento de la función jurisdiccional el Tribunal Supremo ejerce la función administrativa al tener a su cargo el gobierno y la administración del poder judicial (art. 267) y al imponer sanciones administrativas o disciplinarias; y ejerce la función normativa al dictar los reglamentos de organización y funcionamiento del poder judicial En ninguno de estos casos podría verse usurpación alguna o violación del principio de la separación de poderes, pues no hay norma alguna de orden constitucional que reserve con exclusividad el ejercicio de la función administrativa a los órganos del poder ejecutivo o la función normativa a la Asamblea Nacional.

Por último, y así como los órganos legislativos y judiciales ejercen funciones administrativas, así también los órganos del poder ejecutivo realizan funciones normativas y jurisdiccionales. El Presidente de la República, además de las funciones ejecutivas propias (función política y función administrativa), realiza funciones normativas no sólo al dictar decretos con valor de ley conforme a las leyes habilitantes (art. 203), sino cuando crea normas de carácter general en el ordenamiento jurídico al ejercer la potestad reglamentaria (art. 236.10). Asimismo, los órganos ejecutivos también realizan funciones jurisdiccionales aun cuando no de carácter judicial, cuando resuelven conflictos entre particulares.

b. *Delimitación negativa*

Pero si bien no hay funciones estatales atribuidas exclusivamente y en forma excluyente a los órganos estatales, sí puede decirse que, en ciertos casos, la Constitución reserva a los órganos el ejercicio de ciertas funciones en una forma determinada. El ejercicio de la función normativa mediante leyes corresponde exclusivamente a la Asamblea Nacional, al igual que corresponde en forma exclusiva al Presidente de la República mediante delegación legislativa (decretos leyes); el ejercicio de la función política mediante actos de gobierno corresponde exclusivamente al Presidente de la República; y el ejercicio de la función jurisdiccional mediante sentencias corresponde exclusivamente a los tribunales (*Introducción general, VIII*).

Por otra parte, hay ciertas materias de competencia reservada a ciertos órganos estatales: la reserva legal, por ejemplo, implica que ciertas materias sólo pueden ser reguladas, en exclusividad, por la Asamblea Nacional mediante leyes. Esto sucede, entre otras materias, con el establecimiento de delitos y penas (art. 49.6); la creación de impuestos (art. 317); y la limitación a los derechos y garantías individuales (arts. 19 y ss.)[12].

c. *La competencia en el ámbito de los órganos ejecutivos: gobierno y administración*

Otro ámbito de la competencia deriva, en particular, en relación con las que ejercen los órganos del poder ejecutivo. Si se analiza la Constitución se evidencia que en varios de sus artículos se establece una diferenciación entre actividad de gobierno y actividad administrativa, por lo que el poder ejecutivo realiza dos actividades y ejerce dos competencias propias: gobierno y administración.

[12] Cfr., en general, ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Las garantías constitucionales de los derechos del hombre*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1976.

El artículo 160 cuando se refiere a los estados, establece que el gobierno y la administración de cada estado corresponden a un gobernador, y el artículo 169 dispone que la ley puede establecer diferentes regímenes para la organización, gobierno y administración de los municipios. Cuando se analizan las atribuciones del Presidente de la República, en el artículo 236 se observa claramente la diferencia entre actividades de gobierno y de administración. Por ejemplo, dirigir la acción de gobierno (ord. 2.º) o las relaciones exteriores (ord. 4.º) constituyen una competencia propia de la actividad de gobierno; en cambio, administrar la hacienda pública nacional (ord. 11.º) es una competencia de orden administrativa. Por otra parte, constituye una actividad administrativa, conforme al artículo 237 C., la que cumple el Presidente de la República al presentar personalmente un mensaje anual a la Asamblea Nacional, de su gestión política, económica, social y administrativa.

A nivel nacional puede identificarse la actividad de gobierno como localizada en los órganos superiores del poder ejecutivo: se puede decir que el Presidente de la República, actuando solo o en Consejo de Ministros, y el Vicepresidente Ejecutivo, son órganos con competencia política, (art. 238). Esos mismos órganos también ejercen la actividad administrativa, al igual que los demás órganos ejecutivos (ministerios, por ejemplo, arts. 242 y ss.).

d. *La competencia en la administración pública*

Otro ámbito de la competencia se conforma dentro de la propia Administración Pública y en el conjunto de órganos que la conforman, de acuerdo con la forma como está asignada a los mismos y con los factores que la condicionan.

a'. *Factores que condicionan la competencia: materia, territorio, grado, tiempo*

La asignación de competencias por razón de la materia constituye la forma normal de su determinación. La materia es el contenido propiamente dicho de la competencia, determinado por el conjunto de actividades, funciones o tareas que la ley asigna a un órgano del Estado. La materia, pues, define la competencia: el Ministerio de Salud, por ejemplo, es competente, por la materia, en el campo de la protección de la salud.

Por otra parte, la materia sobre la cual se ejerce la competencia puede estar circunscrita a un ámbito territorial determinado. En los órganos nacionales, la competencia se ejerce en todo el territorio nacional. Por ejemplo, en el caso del Ministerio de Salud, su competencia abarca todo el territorio nacional; pero las divisiones de dicho ministerio a nivel regional o territorial tienen un ámbito territorial específico. Los municipios, en cambio, tienen un ámbito para el ejercicio de sus competencias locales, reducido al territorio del municipio.

El grado está determinado por la posición que ocupan en la jerarquía administrativa los diversos órganos del Estado. La organización de la Administración Pública y ministerial en general es vertical y piramidal. En cada nivel jerárquico hay una serie de competencias atribuidas, lo que implica que, en principio, no puede un inferior asumir competencias que le sean asignadas al superior, ni viceversa. El grado que se ocupa en la jerarquía condiciona el ámbito de competencia que se puede ejercer en una materia determinada.

Por otra parte, el tiempo también es un factor influyente, pues las competencias pueden ser de ejercicio temporal, por ejemplo, las potestades del Ministerio del Ambiente y de Recursos Naturales relativas a controles en época de veda (prohibición de caza) de determinadas especies de animales.

Siempre hay competencia por la materia, lo variable es el tiempo, el territorio y grado en la jerarquía.

b'. *Tipos de competencia en la administración pública*

Por otra parte, también según la forma de asignación, se distinguen tipos de competencias.

Se distingue, por una parte, la competencia necesaria de la eventual: la competencia necesaria es la asignada normal y obligatoriamente a un órgano del Estado, conforme a las atribuciones definidas por la ley. Pero un funcionario puede ejercer una suplencia de otro, y en este caso ejerce una competencia en forma eventual. La policía municipal tiene competencia necesaria en el campo del mantenimiento del orden público, pero la Guardia Nacional, eventualmente, puede ser llamada a cooperar y ejercer esta competencia como coadyuvante de la autoridad civil[13].

Otra clasificación de la competencia se refiere al ámbito interno o externo de su ejercicio. Si este tiene relevancia para los particulares, sería una competencia externa, que es lo normal en el ámbito administrativo. Esta se contrapone a la competencia interna, cuyo ejercicio no afecta a los particulares, sino que se concreta, sólo, en el interior de la Administración. Hay órganos con competencias exclusivamente internas, que no tienen relación con los administrados, como por ejemplo los órganos consultivos internos y, entre ellos, en general, las consultorías jurídicas.

Por otra parte, se distinguen las competencias propias de las conjuntas. La competencia es propia cuando sólo está asignada a un órgano administrativo, en cambio se habla de competencia cuando para ejercerla, es necesario que dos o más órganos o funcionarios actúen conjuntamente. Esto es frecuente en ciertas decisiones intersectoriales, es decir, que afectan a diversos sectores de actividad pública. Normalmente, por ejemplo, ciertas medidas de política de precios en agricultura deben ser adoptadas, conjuntamente, por el Ministerio de Tierras y el de Producción y Comercio.

Otra distinción de la competencia es la que establece la diferencia entre competencia general y especial. La competencia general existe cuando a un órgano se atribuyen competencia en diversas materias, lo que es normal respeto de los entes territoriales, atribuyéndosela a los respectivos jerarcas de dichos entes (gobernador, alcalde). La competencia especial, en cambio, tiende a identificarse con cada órgano dentro de una organización. Dentro de las gobernaciones de estado, por ejemplo, hay direcciones con competencia especial, integradas todas dentro de la aquella que dirige el gobernador de estado, quien tiene competencia general.

En la descentralización funcional, los institutos autónomos, por esencia, tienen competencia especial, por lo que la descentralización funcional normalmente está ligada a la especialización.

Otra forma de clasificar la competencia es en exclusiva o concurrente, cuando es atribuida a un órgano en la escala administrativa o a varios. Por ejemplo, el Director de Salud Pública del Ministerio de Salud tiene asignada la competencia en forma exclusiva. Sin embargo, la exclusividad no implica que el ejercicio de la competencia no pueda ser revisado por el superior. Lo exclusivo no quiere decir excluyente. Pero puede darse el caso de que la competencia sea exclusiva y excluyente; por ejemplo, el Superintendente de Protección y promoción de la Libre Competencia conforme a la Ley de promoción y Protección de la Libre Competencia, tiene competencia exclusiva para resolver los casos de violaciones a la misma e imponer los correctivos y sanciones en ella prevista, y sus actos no podían ser revisados por el ministro de Producción y Comercio, al cual está adscrito como Administra-

---

13 Véase, por ejemplo, lo dispuesto en el artículo 5 del decreto n.° 349 de la Junta de Gobierno sobre Funciones de las Fuerzas Armadas Nacionales, *Gaceta Oficial* n.° 22.041 del 22 de junio de 1946.

ción independiente: la única forma de revisar esos actos era por vía judicial. La competencia del Superintendente es exclusiva y excluyente, toda vez que sus actos no pueden ser revisados por el superior jerárquico del ministerio al cual está adscrito el órgano.

Se contrapone la forma exclusiva de atribución de la competencia con la forma concurrente, con base en la cual se distribuye la competencia entre varios órganos; sucede, por ejemplo, en la descentralización territorial, donde hay competencias que corresponden a los órganos del poder nacional, estadal, municipal. Por ejemplo, el artículo 156.6 C. establece que corresponde al poder nacional, la policía nacional; el artículo 332 regula a los órganos de seguridad ciudadana como una competencia concurrente de los estados y municipios; el artículo 164.6 señala que es de la competencia de los estados, la organización de la policía y la determinación de las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal, conforme a la legislación nacional aplicable; y el artículo 178, establece como competencia municipal lo relativo a los servicios de policía municipal. Se trata, en este caso, de un típico supuesto de competencia concurrente, distribuida en los tres niveles territoriales: nacional, estadal y municipal.

5. *Las características de la competencia*

A. *La obligatoriedad e improrrogabilidad*

Como antes se ha dicho, la competencia es de ejercicio obligatorio por lo que no puede renunciarse; no admite relajamiento por parte del funcionario público ni restricciones voluntarias; aún en los casos en los cuales la ley otorgue al funcionario cierto margen de apreciación de las circunstancias de hecho para su ejercicio, como sucede en el supuesto de la actividad discrecional.

En efecto, cuando se dice que la competencia es de ejercicio obligatorio, es necesario distinguir entre la actividad reglada y el poder discrecional. Por ejemplo, en materia tributaria cuando se dice que el ejercicio de la competencia es obligatorio, se quiere señalar que producido un hecho imponible, la Administración fiscal está obligada a liquidar el impuesto, y si no es pagado, la Administración tiene la obligación de exigir su pago, no pudiendo el funcionario condonar libremente la deuda, salvo en casos expresamente previstos en la ley. Esta es una actividad reglada.

Por tanto, cuando se dice que la competencia es irrenunciable, hay que distinguir el tipo de competencia: si es de carácter reglado, la obligatoriedad y la irrenunciabilidad son absolutas, pero si es discrecional, la ley le da mayor libertad de apreciación al funcionario para ejercerla, y depende de su apreciación, el ejercicio de la misma.

La obligatoriedad de la competencia, por otra parte, implica la improrrogabilidad, por lo que no puede libremente delegarse su ejercicio, salvo autorización expresa de la norma atributiva de la misma.

B. *La asignación formal en actos jurídicos normativos: reserva legal y su excepción*

La asignación de competencias normalmente se produce mediante actos de efectos generales, es decir, que tengan carácter normativo. En esta forma, la Constitución es la primera fuente de competencia en todos los niveles del Estado; y además, están las leyes tanto orgánicas como ordinarias. Pero estos cuerpos normativos no podrían incluir todos los aspectos necesarios para el ejercicio de las competencias de todos los órganos del Estado. Por eso se pueden complementar con disposiciones reglamentarias y administrativas que las desarrollen. Como lo ha observado la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia:

[Si] bien, como se apuntó anteriormente, la competencia debe estar establecida en una norma de rango legal, ello de ninguna manera impide que la misma pueda ser desarrollada, dentro de dicho marco legal, por la Administración a través de disposiciones de rango sub legal, verbigracia por vía reglamentaria o por providencias administrativas.

Ello encuentra plena justificación en aras del dinamismo que debe enmarcar al desarrollo de la actividad administrativa, es decir, la adecuación y amoldamiento de la misma a las transformaciones y mutaciones de la realidad, adoptando en un determinado momento las medidas que estime más convenientes para el interés del colectivo[14].

De acuerdo con el artículo 236.20 C., es el Presidente de la República quien debe fijar el número, organización y competencias de los ministerios; mediante decreto, el cual se debe considerar como un decreto ley por el poder modificatorio que tiene en relación con las leyes sustantivas reguladoras de competencias estatales, cuando por ejemplo se trata de creación o eliminación de ministerios. Dicho decreto ley, por tanto, no podría ser fuente original de competencia de los ministerios, las cuales deben estar establecidas en leyes sectoriales o sustantivas preexistentes, y además, no está llamado a establecer la competencia de todos y cada uno de los órganos (direcciones o dependencias) de cada ministerio. Por ello, la Ley Orgánica de la Administración Pública establece que las competencias específicas y las actividades particulares de los diversos órganos de cada ministerio deben ser establecidas en reglamentos orgánicos para cada uno de ellos (arts. 61 y ss.), mediante los cuales, sin embargo, no se pueden modificar las leyes[15]. Por tanto, es en los reglamentos orgánicos donde se especifican las direcciones, departamentos y divisiones, y sus competencias específicas. De allí que además del decreto ejecutivo general, son necesarios diversos actos organizativos para determinar la competencia en los niveles inferiores.

También puede haber asignación de competencias en actos de efectos particulares. Por ejemplo, en el caso de un ministro, cuando delega el ejercicio de una atribución en un funcionario inferior. El acto de delegación es la fuente inmediata de la competencia del inferior.

En conclusión, debe señalarse que las normas legales superiores (la Constitución y las leyes), aún cuando son los únicos instrumentos que pueden crear la competencia, no pueden definir y atribuir todos los niveles para el ejercicio de la misma, y normalmente se establece un sistema jerarquizado de fuentes para la asignación de competencias: Constitución, leyes, reglamentos orgánicos, resoluciones ministeriales, y actos administrativos de efectos particulares.

C. *La presunción en la asignación de competencias*

Por otra parte, la ley no siempre asigna la competencia a un órgano específico dentro de una organización administrativa. En estos casos en los que, por ejemplo, una disposición legal otorgue una competencia al Ejecutivo nacional o la Administración Pública nacional sin especificar el órgano o ente que debe ejercerla, se entiende que corresponde al órgano

---

14 Véase sentencia 3052 de 19 de diciembre de 2001, caso Jaime Manzo M. y otros *vs.* Presidente de la República, en *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 134.

15 En tal sentido, por ejemplo, el decreto n° 3.444 del 24 de enero de 2005, *Gaceta Oficial* n.º 5.758, Extra. del 27 de enero de 2005 puede considerarse como inconstitucional al pretender reformar Ley de Universidades que regula la autonomía universitaria (ahora con rango constitucional, art. 109), mediante la reforma del Consejo Nacional de Universidades, que no es un órgano exclusivo del Ejecutivo nacional, sino que es un órgano de coordinación de las Universidades nacionales autónomas. Véase sobre esto, la sentencia 1545 del 28 de noviembre de 2000 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, *Revista de Derecho Público*, nº 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 131 y ss.

de la Administración central con competencia en razón de la materia. De existir un ente competente en razón de la materia, le corresponde a éste el ejercicio de dicha competencia (art. 27 LOAP).

Lo mismo ocurre, por ejemplo, dentro de la organización ministerial, donde puede decirse que, en general, hay una presunción de competencia a favor del órgano que tenga asignada la materia. También puede tratarse de una presunción que tenga en cuenta, además de la materia, el territorio: si un problema de identificación y extranjería se presenta en una ciudad del interior del país, el órgano competente sería el que, además de competente por razón de la materia (que forme parte de la Dirección de Identificación y Extranjería), esté situado en dicha ciudad (territorio) o en la región respectiva.

Otro punto de interés en la regulación de la competencia es la presunción de su asignación en relación con la jerarquía de los órganos. En consecuencia, en el caso de que una disposición legal o administrativa otorgue una competencia a un órgano o ente de la Administración Pública sin determinar la unidad administrativa competente, de acuerdo con el artículo 27 LOAP se entiende que su ejercicio corresponde no al superior jerárquico sino a la unidad administrativa con competencia por razón de la materia y el territorio, del segundo nivel jerárquico del respectivo órgano o ente.

Por ejemplo, el caso de expulsión de extranjeros, conforme al artículo 20 de la Ley de Extranjería y Migración y al decreto de organización ministerial, corresponde al Ministerio de Interior y de Justicia; por lo que en ese ministerio, salvo disposición específica, se presume que la competencia corresponde al órgano del mismo en el segundo nivel jerárquico, con competencia específica en la materia, es decir, la dirección respectiva especializada en identificación y control de Extranjeros, en cuyo caso la presunción estaría en ese nivel.

D. *La regulación de la resolución de los conflictos de competencia*

Otra característica de la competencia es la previsión o regulación de los conflictos de competencia que puedan presentarse entre varios de los órganos que se consideren competentes en una misma materia.

La Ley Orgánica de la Administración Pública establece que cuando el órgano que esté conociendo de un asunto se considere incompetente debe remitir las actuaciones al que estime con competencia en la materia. Si este último órgano se considera a su vez incompetente, el asunto debe ser resuelto por el órgano superior jerárquico común a ambos (art. 44).

Los interesados pueden solicitar a los órganos que estén instruyendo el procedimiento que declinen el conocimiento del asunto en favor del órgano competente. Del mismo modo, pueden solicitar a este último que requiera la declinatoria del órgano que esté conociendo del asunto (art. 44).

Los conflictos antes mencionados sólo pueden suscitarse entre unidades administrativas integrantes del mismo órgano o ente y con respecto a asuntos sobre los cuales no haya recaído decisión administrativa definitiva o finalizado el procedimiento administrativo (art. 44).

Por tanto, dentro de la organización ministerial venezolana, por ejemplo, si el conflicto se plantea en el seno de un ministerio, corresponde al ministro la resolución del conflicto de acuerdo al artículo 76.22 LOAP. Pero si el conflicto es externo, esto es, entre ministerios, o entre un ministerio y un instituto autónomo, o entre autoridades nacionales, estadales y municipales, la resolución del problema varía.

Las controversias administrativas entre los órganos de los tres niveles del poder público deben ser resueltos por el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa de conformidad con lo establecido en el artículo 266.4 C.; lo que también regula la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (art. 5, párrafo 1.º.34).

Ahora, si el problema de competencia se plantea entre diversos ministerios o entre otros órganos de la Administración Pública, no hay en la Ley Orgánica de la Administración Pública norma alguna que atribuya, por ejemplo, directamente al Presidente de la República competencia para la resolución del problema planteado. Sin embargo, se entiende que ésta sería una competencia normal de carácter implícita, por cuanto que es una competencia político administrativa, que tiene el Presidente como jefe del Ejecutivo nacional, que no necesita estar expresa, y que podría ejercerse, inclusive, mediante instrucciones presidenciales[16].

Sin embargo, como se dijo, en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia se atribuye competencia a la Sala Político Administrativa (art. 5, Párrafo 1.º, 34) para dirimir las controversias que se susciten entre autoridades políticas o administrativas, de una misma o diferentes jurisdicciones, con motivo de sus funciones, por lo que de no ser resuelto el conflicto por el Presidente de la República podría acudirse al Tribunal Supremo.

6. *Los límites de la competencia*

El ejercicio de la competencia tiene diversos límites que derivan de los principios de la especialidad, la legalidad y la finalidad[17] que la condicionan.

Según el principio de la especialidad cada órgano tiene que actuar dentro de la competencia que le ha sido específicamente asignada, y no puede realizar funciones distintas a las que le han sido señaladas. De lo contrario habría extralimitación de atribuciones.

Por otra parte, el principio de legalidad implica que solo se pueden ejercerse competencias que estén consagradas expresamente en la ley (*Introducción general, III*). Toda actividad realizada por un órgano que no esté previsto en la ley es ilegal, por incompetencia. Esta incompetencia puede ser manifiesta, como por ejemplo, si el ministro de Salud dicta un acto sobre arrendamiento de inmuebles urbanos que es competencia del Ministerio de Producción, en cuyo caso el acto dictado sería nulo de nulidad absoluta; o puede tratarse de una incompetencia relativa, en cuyo caso habría nulidad relativa. Así se regula en el artículo 19 LOPA.

Además, está el principio de la finalidad, de manera que sólo puede ejercerse la competencia para los fines específicamente establecidos por la ley y que motivan su asignación. Toda competencia ejercida para finalidades distintas da origen al vicio de desviación de poder (art. 259 C.).

7. *La desviación de la competencia*

Una de las características de la competencia, tal como se señaló, es su irrenunciabilidad e improrrogabilidad. Esto significa que el órgano al cual se le atribuye la competencia, está obligado a ejercerla y éste no puede libremente desprenderse de la competencia o delegarla en un inferior. Tampoco puede un funcionario superior, libremente, asumir la competencia de un inferior (avocación). Ambas figuras requieren texto legal expreso que las prevea y autorice.

---

16 Artículo 181 C. La primera Instrucción presidencial que se emitió durante el siglo XX fue la Instrucción RA-1 de 13 de mayo de 1970, mediante la cual se establecieron los lineamientos generales de la reforma administrativa en la Administración Pública nacional, *Gaceta Oficial* n.° 1.399, Extra. del 13 de mayo de 1970. Con posterioridad se utilizó frecuentemente.

17 Cfr. JOSÉ A. GARCÍA TREVIJANO-FOS, *Principios jurídicos de la organización administrativa,* cit., pp. 203 y ss.

La desviación de la competencia, por tanto, requiere texto expresa, a cuyo efecto, la ley Orgánica de la Administración Pública, establece los siguientes mecanismos: la descentralización, la desconcentración, la encomienda de gestión, la delegación y la avocación[18].

II. LA DESCENTRALIZACIÓN

1. *Principios generales*

La primera forma de desviación de la competencia es la que deriva del principio de la descentralización, consistente en la transferencia de competencias decisorias de una persona jurídica estatal político territorial a otra u otras personas jurídicas distintas del ente público territorial transferente.

Se trata de una distribución de competencias, pero no dentro de una misma organización jerárquica, sino mediante su transferencia hecha a personas jurídicas distintas del ente transferidor.

En la delegación y en la desconcentración también opera una distribución de competencias, pero entre órganos de un mismo ente. En cambio, la descentralización es una transferencia de competencias entre sujetos con diferente personalidad jurídica, por ejemplo entre la República y estado o un instituto autónomo. No se realiza, por tanto, entre componentes de una misma organización, sino entre diversos sujetos de derecho. Por ello se puede afirmar que en la desconcentración y en la delegación se establece una relación entre órganos administrativos diversos de una organización; en cambio, en la descentralización se establece una relación entre diversos sujetos de derecho, es decir, entre personas jurídicas distintas.

A. *La descentralización territorial y funcional*

En la descentralización, los sujetos de derecho a los cuales se les van a transferir competencias pueden ser tanto personas de derecho público como de derecho privado, creados por el Estado de acuerdo al marco jurídico del derecho público o del derecho privado (*segunda parte, § 5 y 6*). En cuanto a los sujetos de derecho público descentralizados, éstos pueden ser, a su vez territoriales y no territoriales, lo que da origen a dos formas de descentralización que distingue la Ley Orgánica de la Administración Pública: la descentralización territorial y la funcional.

En efecto, la Ley Orgánica dispone que con el propósito de profundizar la democracia y de incrementar la eficiencia y eficacia de la gestión de la Administración Pública se pueden descentralizar competencias y servicios públicos de la República hacia los estados y municipios, y de los estados hacia los municipios, de conformidad con la Constitución y la ley (art. 30). Recoge, así, esta norma los principios descentralizadores que están establecidos en los artículos 157, 158 y 165 C.

En cuanto a la descentralización funcional, el artículo 29 LOAP dispone que los titulares de la potestad organizativa pueden crear entes descentralizados funcionalmente cuando para el mejor cumplimiento de los fines del Estado así lo requiera, en los térmi-

---

18 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana.,* cit., pp. 57 y ss; MARÍA M. MATHEUS INCIARTE y FABIOLA DEL VALLE TAVARES DUARTE, "Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001: Algunos elementos definitorios de los principios de descentralización y desconcentración", en *Temas de derecho administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, vol. II, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 97-121; JOSÉ V. GONZÁLEZ, "Consideraciones sobre la descentralización, la desconcentración y la delegación y el elemento subjetivo del acto administrativo", en *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 11, Caracas, Editorial Sherwood, 2001, pp. 73-86.

nos y condiciones previstos en la Constitución y en la ley[19]. El mismo artículo 29 LOAP establece los siguientes dos tipos de entes descentralizados funcionalmente:

En *primer lugar*, los entes descentralizados funcionalmente *con forma de derecho privado*, los cuales están conformados por las personas jurídicas constituidas y regidas de acuerdo a las normas del derecho privado en los términos de la ley, y son de dos tipos:

a. Los entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales, que son aquellos entes descentralizados funcionalmente que no realicen actividades de producción de bienes o servicios destinados a la venta y cuyos ingresos o recursos provengan fundamentalmente del presupuesto de la República, los estados, los distritos metropolitanos, o los municipios. En general, las asociaciones civiles o fundaciones del Estado.

b. Los entes descentralizados funcionalmente con fines empresariales, que son aquellos cuya actividad principal sea la producción de bienes o servicios destinados a la venta y cuyos ingresos o recursos provengan fundamentalmente de esta actividad. En general, las empresas del Estado.

En *segundo lugar*, están los entes descentralizados funcionalmente *con forma de derecho público*, conformados por aquellas personas jurídicas creadas y regidas por normas de derecho público, las cuales pueden perseguir fines empresariales o no empresariales, al igual que pueden tener atribuido el ejercicio de potestades públicas[20]. En general se trata de los institutos autónomos, los cuales sólo pueden crearse por ley como tales personas jurídicas de derecho público; principio que deriva de lo dispuesto en el artículo 142 C. Esta norma, por lo demás, recogió la disposición del artículo 230 C. de 1961 al prever que los institutos autónomos sólo pueden crearse por ley; y que tales instituciones, así como los intereses públicos en corporaciones o entidades de cualquier naturaleza, están sujetos al control del Estado, en la forma que la ley establezca.

En todo caso, conforme al mismo artículo 29 LOAP la descentralización funcional puede revertirse por medio de la modificación del acto que le dio origen.

La descentralización funcional o territorial transfiere la titularidad de la competencia y, en consecuencia, transfiere cualquier responsabilidad que se produzca por el ejercicio de la competencia o de la gestión del servicio público correspondiente, en la persona jurídica y en los funcionarios y funcionarias del ente descentralizado (art. 32 LOAP).

B. *Características jurídicas*

En cualquier caso, lo que caracteriza a la descentralización es que, aun cuando haya transferencia de poderes a otros sujetos de derecho, todos estos sujetos, en una forma u otra, quedan enmarcados dentro de la estructura organizativa general del Estado. Por ello, puede decirse que cuando se habla de "sector público", la expresión se utiliza en el sentido de abarcar, en el campo nacional, a la República con todos sus ministerios y demás órganos de su Administración central, y a la Administración descentralizada funcionalmente, tenga forma de derecho público o de derecho privado[21]. Este sentido viene corroborado con la

---

19 Cfr. en general JESÚS CABALLERO ORTIZ, "La descentralización funcional", *Revista de Derecho Público,* n.º 8, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas 1981, pp. 5 y ss; PEDRO L. BRACHO NAVARRETE, "La descentralización política y administrativa. Discurso de incorporación como miembro correspondiente por el Estado Falcón", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, año XXXVII, n.° 77, Caracas, 1979, pp. 71-90.

20 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido actual de la clasificación de los sujetos de derecho", *Revista de la Facultad de Derecho,* n.º 57, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1976, pp. 115 a 135.

21 En este sentido debe destacarse lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa en sentencia del 23 de octubre de 1973, sobre el proceso de descentralización y la integración del sector público:

previsión del artículo 6 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector público[22], en la cual se establece que están sujetos a las regulaciones de la misma "los entes u organismos que conforman el sector público" (personas estatales), enumerados seguidamente: 1. La República; 2. Los estados; 3. El Distrito Metropolitano de Caracas; 4. Los distritos; 5. Los municipios; 6. Los institutos autónomos; 7. Las personas jurídicas estatales de derecho público; 8. Las sociedades mercantiles en las cuales la República o las demás personas a que se refiere el mismo artículo tengan participación igual o mayor al 50 % del capital social. Quedarán comprendidas además, las sociedades de propiedad totalmente estatal, cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional; 9. Las sociedades mercantiles en las cuales las personas a que se refiere el numeral anterior tengan participación igual o mayor al 50 % del capital social, y 10. Las fundaciones, asociaciones civiles y demás instituciones constituidas con fondos públicos o dirigidas por algunas de las personas referidas en el mismo artículo, cuando la totalidad de los aportes presupuestarios o contribuciones en un ejercicio, efectuados por una o varias de las personas referidas en el presente artículo, represente el 50% o más de su presupuesto.

Esto confirma que los entes estatales con forma jurídica de derecho privado están integrados dentro de la estructura general del Estado, conformando lo que se denomina sector público (*Segunda parte § 7*).

Puede haber un tercer tipo de descentralización, además de la descentralización territorial y la descentralización funcional, que se denomina descentralización corporativa. En ésta, también se da la transferencia de competencia a un sujeto de derecho distinto, de carácter no territorial, pero que tiene forma corporativa. Es el supuesto que opera con los colegios profesionales, por ejemplo, que cumplen funciones públicas de control del ejercicio de una profesión. Pero en estos casos, esta descentralización corporativa no trae como con-

---

"Atendiendo a los alegatos expuestos por las partes, la única cuestión a resolver en esta incidencia es si, en conformidad con los artículos 38 y 46 de la ley de la materia, el tribunal de la causa debiera haber notificado a la Procuraduría General de la República, la demanda interpuesta contra la Siderúrgica del Orinoco, C. A. (SIDOR), por el Sindicato Único de Trabajadores Metalúrgicos y sus similares del Estado Bolívar (SUTRAMETAL BOLIVAR), y el embargo decretado a petición del demandante. Con arreglo a dichos artículos los 'funcionarios judiciales están obligados a notificar al Procurador General de la República de toda demanda, oposición, excepción, providencia, sentencia o solicitud de cualquier naturaleza que, directa o indirectamente obre contra los intereses patrimoniales de la República', y de otra medida preventiva o ejecutiva 'sobre bienes de otras entidades públicas o de particulares, que estén afectados al uso público, a un servicio público o a una actividad de utilidad pública el nacional, antes de su ejecución'. Para precisar mejor la inteligencia y alcance de estas disposiciones en lo que concierne al caso de autos, es necesario tener en cuenta realidades institucionales que se relacionen estrechamente con la organización que actualmente tiene la administración pública en Venezuela, y con la necesidad de que los intereses nacionales sean protegidos y defendidos en forma pronta y eficaz, independientemente de los órganos de la administración nacional a que estén destinados. Los bienes que constituyen el dominio patrimonial del Estado venezolano, están en la actualidad administrados, directamente, por órganos tradicionales de la Administración centralizada, o, indirectamente, por los institutos o establecimientos autónomos y por la empresa del Estado que forman la Administración descentralizada, y cuya característica común es gozar de cierto grado de autonomía, en conformidad con las leyes y decretos orgánicos que regulan su organización y funcionamiento. Así pues, en Venezuela, al igual que en aquellos que se nos anticiparon por el camino de la descentralización administrativa, ha dejado de ser realidad la idea proclamada por la doctrina clásica, de que la unidad de la persona jurídica implica la unidad del patrimonio, en lo que respecta al Estado, pues, los intereses patrimoniales de éste aparecen vinculados a un complejo sistema de servicios centralizados y de organismos autónomos, cada uno de los cuales persigue fines diferentes, aunque orientados todos a la realización de los grandes cometidos que impone al Estado la realidad contemporánea. Dentro de ese sistema, cada ente descentralizado tiene sus propios bienes, en los cuales están a su vez, involucrados los intereses patrimoniales del Estado", *Gaceta Oficial* n.° 1.657. Extra. del 7 de junio de 1974.

[22] *Gaceta Oficial* n.° 37.978 del 13 de julio de 2004.

secuencia, que los colegios profesionales queden dentro de la estructura general del Estado, a pesar de tratarse de una forma de descentralización. El Estado les transfiere competencias, por ejemplo, el control del ejercicio de una profesión que es una competencia de carácter público, pero aun así, en ese caso, esas corporaciones, por su sustrato personal, no están dentro del denominado sector público y se consideran personas no estatales (*Segunda parte, § 6 y 7*).

Por tanto, la descentralización es una transferencia de competencia a sujetos de derecho distinto, lo que la distingue de la desconcentración que es una distribución de competencia dentro de la organización de un sujeto de derecho público.

C. *Consecuencias de la descentralización: la autonomía*

Una de las consecuencias fundamentales de la descentralización administrativa es el hecho de que el ente descentralizado goza, siempre, de cierta autonomía. La autonomía, en todo caso, está en una relación inversa con el control: a mayor autonomía reconocida al ente descentralizado corresponderá, inversamente, menor control ejercido por el ente matriz; y, a menor autonomía, mayor control. En el caso de la Administración descentralizada territorialmente bajo el esquema federal, no existe control ejercido por los entes territoriales mayores, ya que hay una mayor autonomía. En cambio, en el caso de los entes descentralizados funcionalmente, por ejemplo, de los institutos autónomos, hay menor autonomía, y por tanto, un mayor control de tutela.

La autonomía, en su sentido propio, es la facultad que tienen los entes de crear su propio ordenamiento jurídico, esto es, de dictar sus propias normas; de aquí que autonomía es equivalente a autonormación. Puede afirmarse, por tanto, que la autonomía propiamente dicha existe en la Administración descentralizada territorialmente. En los estados, los consejos legislativos tienen como función dictar leyes sobre las materias de competencia estadal. Igualmente sucede con los municipios, a los cuales corresponde la gestión de las materias de su competencia, de acuerdo al artículo 168.2 C. Por tanto, un municipio es autónomo, porque su concejo municipal puede producir sus propias normas, que a nivel local son equivalentes a las leyes; de ahí que se hable de leyes locales, en el caso de las ordenanzas (*Cuarta parte, §14*).

Un instituto autónomo tiene autonomía porque también, en principio, puede darse su propia reglamentación interna, aun cuando esta facultad de auto normarse está sometida al control de tutela por parte del ministro de adscripción. Normalmente, el reglamento interno de un instituto autónomo debe ser aprobado por el ministro de adscripción, aun cuando éste no puede dictar directamente esas normas, porque sería contradictorio con el fenómeno de la descentralización.

Por supuesto, en el caso de la descentralización política o territorial, la autonomía es mayor que en el caso de la descentralización funcional, y paralelamente, como se ha dicho, en tanto en cuanto la autonomía es mayor, el control es menor. En el sistema federal venezolano, por tanto, no existe mecanismo alguno de control de tutela de la República, por ejemplo, respecto a los estados y los municipios, porque la autonomía, que es correlativa, es mayor.

2. *La descentralización territorial*

A. *Régimen constitucional*

La descentralización es territorial, como se ha dicho, si la transferencia de competencia se realiza en favor de algunas de las personas jurídicas de derecho público de carácter político territorial: los estados o los municipios.

En este campo, en principio la distribución de competencias la hace la propia Constitución, al establecer autonomía a nivel de los municipios y a nivel de los estados dentro de la estructura federal del Estado, distintas a las del poder nacional, lo que configura un proceso de descentralización territorial (*Introducción general, IV; Tercera parte, § 11*). Por otra parte, la misma Constitución consagra el principio de la descentralización administrativa hacia los estados y municipios.

En efecto, el artículo 178 C. atribuye directamente a los municipios una serie de competencias que son las llamadas materias concernientes a la vida local, en especial la ordenación y promoción del desarrollo económico y social, la dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios, la promoción de la participación y el mejoramiento de las condiciones de vida de la comunidad (*Cuarta parte, § 14*).

Por otra parte, el artículo 184 dispone que la ley debe crear mecanismos abiertos y flexibles para que los estados y municipios descentralicen y transfieran servicios locales a las comunidades y grupos vecinales organizados. Una norma similar es la contenida en el artículo 157 C., que establece que la Asamblea Nacional por mayoría de sus integrantes puede atribuir a los municipios o a los estados determinadas materias de la competencia nacional a fin de promover la descentralización.

En esta forma, el poder nacional puede atribuirle a los estados y municipios determinadas materias que sean de la competencia nacional, para promover la descentralización, lo que sucedió por primera vez con la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del poder público de 1989[23] (LOD), en la cual se establecieron las bases para un proceso de descentralización territorial de la República hacia los estados que conforman la Federación (*Cuarta parte, § 13*), siendo esta quizás la reforma más importante que desde el punto de vista político se dictó en las últimas décadas del siglo XX[24].

Además de éstas, existen otras normas que establecen algunas orientaciones en materia de descentralización. Por ejemplo, en materia impositiva, el artículo 167.5 establece como ingresos de los estados, los impuestos, tasas y contribuciones especiales que se le asignen por ley nacional con el fin de promover el desarrollo de las haciendas públicas estadales. Esta sería otra forma de descentralización prevista en la Constitución, específicamente en materia tributaria.

De lo anterior puede concluirse que la propia Constitución consagra la descentralización territorial, al establecer la posibilidad, para los órganos del poder nacional, de transferir competencias a los estados y municipios; competencias éstas adicionales a las que ya tienen, en virtud de las normas de la propia Constitución.

B. *La definición del ámbito de la descentralización territorial hacia los estados de materias de competencia concurrente*

La Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del poder público de 1989, en efecto, estableció en primer lugar, la pauta para la descentralización de competencias que si bien en la Constitución se regulan como concurrentes (competencias atribuidas a la vez a la República y a los estados), por el proceso de centra-

---

23 Ley Orgánica de descentralización, delimitación y transferencia de competencias del poder público, *Gaceta Oficial* Extra. n.º 4.153 de 28 de diciembre de 1989; reformada en 2003, *Gaceta Oficial* n.º 37.753 de 14 de agosto de 2003

24 Véase *Gaceta Oficial* n.° 4.153, Extra. de 28 de diciembre de 1989. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Problemas del Estado de partidos*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1988.

lismo que se ha producido en el país desde comienzos del siglo pasado, fueron asumidas por el poder nacional. En esa forma, el artículo 4 estableció que "en ejercicio de las competencias concurrentes que establece la Constitución" y conforme a los procedimientos previstos en la propia ley, debían ser "transferidos progresivamente a los estados" una serie de servicios que se prestaban por el poder nacional, y entre ellos, la planificación, coordinación y promoción de su propio desarrollo integral, la protección de la familia, y en especial del menor, el mejoramiento de las condiciones de vida de la población campesina; la protección de las comunidades indígenas; la educación, en los diversos niveles y modalidades del sistema educativo, la cultura en sus diversas manifestaciones; el deporte, la educación física y la recreación; los servicios de empleo; la formación de recursos humanos, la promoción de la agricultura, la industria y el comercio, la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente y los recursos naturales, la ordenación del territorio del estado, la ejecución de las obras públicas de interés estadal y la apertura y conservación de las vías de comunicación estadales, la vivienda popular, urbana y rural, la protección a los consumidores, la salud pública y la nutrición y la coordinación de los servicios destinados a la defensa de las mismas que disponga el poder nacional, la investigación científica y la defensa civil.

A los efectos de este proceso de transferencia de amplísimas competencias, que no es otra cosa que un proceso de descentralización política, el artículo 5 de la ley estableció un procedimiento basado en "convenios" a ser celebrados entre la República y el estado respectivo, por órgano, respectivamente, del Ministro de Relaciones Interiores (artículo 34) y del correspondiente gobernador. Dichos convenios y, por tanto, el proceso de transferencia de competencias puede realizarse tanto a iniciativa del gobernador del estado respectivo como a iniciativa del Ejecutivo nacional[25] (*Cuarta parte, § 13*).

En este primer caso, por tanto, la ley orgánica nacional no realizó por sí misma un proceso de descentralización política desde el nivel nacional hacia los estados, sino que definió un ámbito de competencias concurrentes en el cual podía producirse una descentralización, la cual en todo caso no se previó para ser uniforme. Podría efectuarse en determinadas materias, en ciertos estados y en otros no, y la iniciativa puede partir tanto del Ejecutivo nacional como del gobernador de un estado. Se trata por tanto de una descentralización "a la carta" en la cual se escogen las materias a descentralizar, sea por el Ejecutivo nacional sea por los gobernadores, y el proceso cristaliza en un "convenio" que debía ser sometido a diversas aprobaciones, entre ellas la de la Asamblea Nacional (antes del Senado) y la del Consejo Legislativo respectivo.

C. *La descentralización territorial hacia los estados de materias de la competencia nacional*

Pero en segundo lugar, la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del poder público, en aplicación del artículo 137 C. de 1961, equivalente al artículo 157 C. de 1999, resolvió directamente la descentralización de una serie de competencias atribuidas al poder nacional, disponiendo en su artículo 11 que se transfería "a los estados la competencia exclusiva" en materias tales como la organización, recaudación, control y administración del ramo de papel sellado; el régimen, administración y explotación de las piedras de cualquier otra especie, que no sean preciosas, arenas, sustancias terrosas, las salinas y los ostrales de perlas, así como la organización, recaudación y control de los impuestos respectivos; la conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras, puentes y autopistas en sus territorios; y la administración y mantenimiento de puertos y aeropuertos públicos de uso comercial.

---

[25] Cfr. *Informe sobre la descentralización en Venezuela 1993. Memoria del Dr. Allan R. Brewer-Carías, Ministro de Estado para la descentralización,* Caracas, 1994.

Sin embargo, a pesar de la transferencia que se ordenaba en la norma, la materialización de la misma sólo operó en cada estado, cuando éstos asumieron dichas competencias por ley especial dictada por las antiguas asambleas legislativas (consejos legislativos). Hasta tanto ello no ocurriera, en cada estado la ley orgánica dispuso que se mantendría vigente el régimen legal que existía en diciembre de 1989 (Parágrafo Único, artículo 11) (*Cuarta parte § 14*).

D. *La autonomía territorial*

En la descentralización territorial, toda vez que se trata de una descentralización política, existe un mayor grado de autonomía, la cual por lo demás se prevé y garantiza en la Constitución, al consagrar en el artículo 159 que los estados son entidades autónomas e iguales en lo político, y en el artículo 168, que los municipios constituyen la unidad primaria de la organización nacional y gozan de autonomía aun cuando "dentro de los límites de esta Constitución y de la ley". Esto implica, en todo caso, que no hay control de tutela del poder central hacia los estados y municipios. En concreto, en relación con los municipios, dicha autonomía se garantiza constitucionalmente al disponer el mismo artículo 168 C., que los actos de los municipios no pueden ser impugnados sino por ante los tribunales competentes, de conformidad con la Constitución y la ley, que no son otros que los de la jurisdicción contencioso administrativa o de la jurisdicción constitucional. Por tanto, no pueden ser impugnados ante el poder ejecutivo nacional.

Por lo tanto, y sin perjuicio de que, conforme a la Constitución, la autonomía de los estados y municipios pueda limitarse por ley nacional, el poder nacional no puede controlar a la actividad de la Administración político territorial, salvo en la forma autorizada en la Constitución (vía judicial).

Ahora bien, en relación con los estados y municipios, la autonomía territorial lleva implícita la autonormación, la autonomía tributaria, la autonomía política y la autonomía administrativa.

a. *La autonomía normativa*

En primer lugar, está la autonomía normativa. Como se dijo, los estados pueden dictarse su propio ordenamiento jurídico, pues corresponde a los consejos legislativos respectivos "legislar sobre las materias de la competencia estadal" (artículo 162.1). En el campo municipal, los concejos municipales, como autoridad legislativa en los municipios (art. 175), pueden dictar las ordenanzas municipales, es decir, dictar las leyes que van a regular la comunidad en el ámbito municipal, por supuesto, en las materias que son propias de la vida local. Estas están asignadas a los municipios dentro del sistema de descentralización propio del sistema federal venezolano.

Ahora bien, este sistema de distribución de competencias puede dar origen a conflictos entre la autoridad nacional, la autoridad estadal y la autoridad municipal, por invasión mutua de competencias. En particular, ha sido frecuente la invasión de los entes municipales en el campo tributario reservado al poder nacional, correspondiendo a la jurisdicción constitucional su solución[26], sea mediante el control de la constitucionalidad de las leyes y ordenanzas, sea mediante la resolución de las controversias constitucionales que se susciten entre los tres niveles de gobierno (art. 336).

---

[26] Véase al respecto, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia dictadas con motivo de conflictos en materia tributaria, en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y estudios de derecho administrativo*, t. II, cit., pp. 449 y ss.

En todo caso, la consecuencia de esa autonomía normativa es que los actos de los estados y municipios sólo pueden ser revisados por la autoridad judicial y particularmente por los órganos de la jurisdicción constitucional (Sala Constitucional del Tribunal Supremo, art. 336,2) y de la jurisdicción contencioso administrativa (artículos 259). Expresamente la Constitución dice en su artículo 168 que los actos de los municipios no pueden ser impugnados sino por ante los órganos jurisdiccionales, de manera que no hay instancia de revisión alguna entre un acto municipal y las autoridades ejecutivas nacionales.

b. *La autonomía tributaria*

Otro elemento de la autonomía propia de la descentralización territorial es la autonomía tributaria. A nivel de los estados, sin embargo, ésta no está establecida expresamente, sino que deriva de las transferencias que haga el poder nacional conforme al artículo 167.5 C.

En cuanto a los municipios, también gozan de autonomía tributaria conforme a la cual pueden crear impuestos y tienen sus ingresos propios dentro del ámbito de las competencias propias de la vida local. Esta autonomía tributaria da origen a una potestad tributaria propia de los municipios para crear impuestos a las actividades económicas (patentes de industria y comercio), a los inmuebles urbanos y a los espectáculos públicos, etc. (art.179 C.) (*Tercera parte § 11*).

En todo caso, estados y municipios, en el ejercicio de la autonomía tributaria, están sometidos a las limitaciones establecidas en el artículo 183 C.

c. *La autonomía política*

La autonomía política en los estados se manifiesta en el hecho de que sus autoridades deben ser electas, es decir, no son designadas por el nivel nacional. En cuanto a los legisladores miembros de los consejos legislativos, éstos siempre han sido elegidos por votación universal, secreta y directa (artículo 162 C.); y en cuanto a los gobernadores, a partir de 1989 primero, conforme a la Ley de elección y remoción de los gobernadores de Estado de 1988, reformada en 1989, dictada en ejecución de lo previsto en el artículo 22 C. de 1961, y luego, por las previsiones de la Constitución de 1999, se eligen por votación popular, universal, directa y secreta por mayoría de las personas que voten (art. 160 C.).

Por supuesto, los municipios tienen también autonomía política, porque el municipio elige sus propias autoridades, tanto a los alcaldes como a los concejales, sin ninguna interferencia de poderes nacionales (arts. 174 y 175 C.). Por tanto, la descentralización territorial va acompañada de la descentralización política, ya que la entidad local tiene, no sólo autonomía y auto administración, sino también autogobierno, es decir, puede elegir y elige, en efecto, sus propias autoridades, que ha sido regulado en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2005 (*cuarta parte, § 14*).

d. *La autonomía administrativa*

La descentralización territorial implica, asimismo, autonomía administrativa, en el sentido de que, por ejemplo, los estados tienen dentro de sus competencias "la administración de sus bienes y la inversión y administración de sus recursos, incluso de los provenientes de transferencias, subvenciones o asignaciones especiales del poder nacional, así como de aquellos que les asignen como participación en los tributos nacionales" (art. 164.3). Esta autonomía, sin embargo, está sometida constitucionalmente a limitaciones derivadas de la posibilidad para el legislador nacional de establecer por ley los principios, normas y procedimientos que propendan a garantizar el uso correcto y eficiente de los recursos provenientes del situado constitucional y de la participación municipal en el mismo (art. 167.4), lo que ha estado regulado mediante el "plan coordinado de inversiones" en la

Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989; y de las potestades de control atribuidas a la Contraloría General de la República (artículo 289 C.).

Los municipios tienen, también, autonomía administrativa. Constitucionalmente tienen la libre gestión de los asuntos propios de la entidad, y esa libre gestión significa que no hay ni puede haber interferencia de entes nacionales en la Administración municipal, salvo por lo que respecta a la intervención de la Contraloría General de la República, por autorización de la propia Constitución (art. 235 C.)[27].

3. *La descentralización funcional*

A. *Principios generales*

La segunda forma de descentralización es la descentralización funcional que implica la transferencia de competencia a un ente público no territorial, por razones de servicio, y no por razones político territoriales como en el supuesto de la descentralización territorial[28]. En este tipo de descentralización se requiere, igualmente, la presencia de dos sujetos de derecho: el ente transferidor, que debe ser de carácter político territorial (la República, los estados o los municipios, y el ente receptor, al cual se le van a transferir las competencias, el cual puede existir, jurídicamente hablando, o bien puede ser creado por el mismo acto que realiza o formaliza la descentralización. Del primero, esto es, cuando el ente que recibe la competencia ya tiene existencia jurídica, se puede citar como ejemplo, en Venezuela, el de la antigua Compañía Anónima de Teléfonos de Venezuela, cuando era una empresa pública y tenía el monopolio de las telecomunicaciones, a la cual, en el año 1965, la ley que reorganizó los servicios de telecomunicaciones del país le transfirió una serie de competencias que anteriormente eran ejercidas por el Ministerio de Comunicaciones[29].

En el otro supuesto está el ejemplo de los institutos autónomos, los cuales, de acuerdo a lo previsto en el artículo 142 C., sólo pueden ser creados por ley. En esta forma, si para la descentralización funcional se va a utilizar la forma jurídica de una persona de derecho público (*Segunda parte, § 6*), el nuevo ente debe crearse a través de una ley.

Por tanto, debe tenerse siempre presente que el Ejecutivo nacional no puede crear un instituto autónomo para transferirle competencias. La creación de estos entes se reserva al legislador. En consecuencia, es por la vía legislativa que se realiza la descentralización funcional, toda vez que es materia de reserva legal la creación de entes de derecho público a través de los cuales se va a realizar la descentralización.

Ahora bien, si la descentralización se va a realizar mediante la creación de personas jurídicas con formas de derecho privado, el supuesto plantea aspectos diferentes (*Segunda parte, § 6*).

En efecto, en primer lugar, en estos casos no es necesario que el sujeto de derecho sea creado por ley, por cuanto el Ejecutivo puede crear personas jurídicas a través de los medios del derecho privado, por ejemplo, constituyendo una sociedad anónima o una fundación por la vía del registro mercantil o del registro público. Sin embargo, el solo hecho de que no se requiera o no se utilice la vía legislativa para crear estos entes implica una limitación, por cuanto no se le pueden transferir competencias que estén específica-

---

27 Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, ley n.º 59, *Gaceta Oficial* n.º 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

28 Cfr., en general, FERNANDO GARRIDO FALLA, *Administración indirecta y descentralización funcional*, Madrid, 1950.

29 Artículo 3 de la derogada Ley que regula la reorganización de los servicios de telecomunicaciones del 6 de julio de 1965, en *Gaceta Oficial* n.° 27.781 del 8 de julio de 1965.

mente asignadas por ley a un ente de la Administración central. Siendo, como se dijo, la competencia indisponible, para transferirla sería necesaria también una norma de rango legal.

Por consiguiente, y en virtud de que por decreto o por un acto de derecho privado que cree una persona jurídica no se pueden transferir competencias legalmente atribuidas a los órganos administrativos, la descentralización funcional que se pretende instrumentar a través de estas formas jurídicas será siempre, por ello, mucho más limitada que la que se realice mediante la utilización de entes de derecho público. En estos casos, al requerirse la vía legal para la creación de éstos, la transferencia de competencia puede efectuarse sin ningún tipo de obstáculos, ya que la ley puede modificar la asignación inicial de competencia.

En todo caso, lo que se puede transferir hacia los entes de derecho privado es lo que autorice la ley o lo que esté expresamente regulado en una ley[30]. Por ello, por ejemplo, en el caso citado de la antigua compañía telefónica, cuando era una sociedad mercantil de capital público, la transferencia de competencias públicas que se le hizo en el campo de las telecomunicaciones y teléfonos, se realizó mediante una ley en la cual se reorganizaron los servicios de telecomunicaciones de 1965[31].

Por lo tanto, la descentralización funcional, a través de formas de derecho privado, es mucho más limitada que la descentralización funcional hecha a través de formas de derecho público.

---

30 Por ejemplo, cuando se creó la "Fundación para el desarrollo de la comunidad y fomento municipal" (Fundacomún) en 1960, no había ley alguna que atribuyera a algún órgano nacional competencias en materia de fomento municipal y desarrollo de la comunidad; por tanto, el Ejecutivo nacional, ante tal situación, pudo crear una fundación (ente de derecho privado), y atribuirle competencias en el campo de la promoción social y de la comunidad. Pero si hubiera habido una ley que atribuyera esa competencia a un ente de carácter público, la transferencia de competencias a un ente de derecho privado creado por la Administración, no se hubiera podido haber realizado por decreto.

31 Al comentar las normas de la Ley que reguló la reorganización de los servicios de telecomunicaciones de 1965, y que asignó a la CANTV, cuando era una empresa del Estado, los servicios telefónicos, la Corte Suprema de justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia del 5 de octubre de 1970, señaló: "Del análisis de lo expuesto se deducen las siguientes conclusiones: 1° Que al adquirir el Estado la totalidad de las acciones de la compañía, el Congreso decidió conservar la persona jurídica creada por el contrato de sociedad suscrito por sus promotores en el año de 1930, y utilizar la organización ya existente para los fines antes señalados, por el cual el servicio telefónico sigue a cargo de una entidad diferente del Estado, capaz de adquirir derechos y de contraer obligaciones con independencia de éste, y que tiene un patrimonio formado por bienes distintos a los que pertenecen al Fisco Nacional; 2° Sin embargo, la empresa ya no actúa como concesionaria de un servicio de interés público, sino como un instrumento del Estado, subordinado a la voluntad de los órganos superiores de éste y, en particular, del Congreso aunque sometida a un régimen especial en cuanto a sus relaciones con el Estado, lo cual hace de ella un caso excepcional entre los servicios públicos descentralizados existentes actualmente en el país. En efecto, la empresa telefónica es la única entidad estatal creada en virtud de un contrato de sociedad celebrado entre particulares, y cuyas relaciones con el Estado están reguladas por las disposiciones de una ley y por las cláusulas de un contrato, pero tales circunstancias no son suficientes para justificar que las autoridades del Distrito Sucre del Estado Miranda, sigan considerándola como una empresa privada, dedicada a una actividad industrial o comercial con fines lucrativos, supuestos éstos indispensables para que le sea aplicable el impuesto establecido en la ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio, de dicho Distrito, con arreglo a los términos del artículo 1.° de la propia ordenanza; 3.° Dadas sus características, la compañía telefónica es actualmente y viene siéndolo, desde 1965, una empresa estatal, cuyas acciones fueron adquiridas con el deliberado propósito de encomendarle la prestación de determinados servicios y la ejecución del Plan Nacional de Telecomunicaciones, actividades a las que ha venido dedicada por disposición del Congreso y del poder ejecutivo, todo lo cual demuestra que ella tiene los atributos de un servicio nacional descentralizado excluido, como todos los de su especie, de la competencia fiscal del municipio", *Gaceta Oficial* n° 1.447, Extra. del 15 de diciembre de 1970, p. 13.

B. *Formas jurídicas de la descentralización funcional en la ley orgánica de la administración pública*

Conforme se ha dicho, la descentralización administrativa funcional tiene por objeto la creación de personas jurídicas a las cuales se transfiere la titularidad de determinadas competencias y la responsabilidad de ejecutarlas (arts. 29 y 32 LOAP). Conforme a lo indicado en el artículo 29 de la LOAP, esta descentralización funcional puede realizarse mediante la creación de personas jurídicas con forma de derecho público o con forma de derecho privado[32], distinción que ya se ha estudiada exhaustivamente con anterioridad (*segunda parte, § 7)*.

a. *Formas jurídicas de derecho público: los institutos autónomos*

En la Ley Orgánica de la Administración Pública sólo se regula una de las formas jurídicas de derecho público para la descentralización administrativa funcional constituida por la figura del instituto autónomo[33] (art. 95), como una persona jurídica de derecho público de naturaleza fundacional, creada por ley nacional, estadal u ordenanza municipal conforme a las disposiciones de dicha ley, dotada de patrimonio propio e independiente de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios, según sea el caso, con las competencias o actividades determinadas en la ley que lo cree[34].

Sin embargo, las formas jurídicas de derecho público estatales no se agotan en los institutos autónomos, pues también las corporaciones públicas como los colegios profesionales y las comunidades educativas como las universidades son formas jurídicas de derecho público estatales para la descentralización funcional (*Segunda parte, § 6)*.

La creación de los institutos autónomos sólo puede realizarse mediante ley nacional, estadal u ordenanza municipal, conforme lo establece el artículo 142 C. y el artículo 96 LOAP. Igualmente, los institutos autónomos sólo pueden ser suprimidos por ley especial, la cual debe establecer las reglas básicas de la disolución, así como las potestades necesarias para que el respectivo Ejecutivo nacional, estadal, del distrito metropolitano o municipal proceda a su liquidación (art. 99).

b. *Las formas jurídicas de derecho privado*

La Ley Orgánica de la Administración Pública, en cuanto a las formas jurídicas de derecho privado de la Administración Pública descentralizada funcionalmente, regula a las sociedades mercantiles del Estado, a las fundaciones del Estado y a las asociaciones civiles del Estado (*Segunda parte, § 6)*.

En todo caso, tratándose de personas jurídicas de derecho privado, estos entes se rigen por la legislación ordinaria, particularmente, la establecida en el C. C. y en el C. Co., salvo

---

32 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana,* cit., pp. 115 y ss.

33 Cfr. en general, sobre los institutos autónomos, JESÚS CABALLERO ORTIZ, *Los institutos autónomos*, Caracas, Fondo de Inversiones de Venezuela y Edit. Jurídica Venezolana, 1984; TOMÁS POLANCO, "Los institutos autónomos en Venezuela"*, Libro Homenaje a Enrique Sayagués Laso*, t. IV, Madrid, 1969, pp. 1073-1086; JUAN GARRIDO ROVIRA, "El instituto autónomo como figura de la Administración Pública nacional descentralizada en Venezuela", *Revista de Derecho Público*, n.° 3, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1980, p. 23-29; y "Descripción de los institutos autónomos de la organización administrativa venezolana", en *Revista de Derecho Público*, n.º 4, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1980, pp. 110-116; JUAN OLIVARES BOHÓRQUEZ, "Los institutos autónomos", *Revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa,* n.° 10, Caracas, Contraloría General de la República, 1959, pp. 21-22.

34 Cfr. JESÚS CABALLERO ORTIZ, *Los institutos autónomos,* cit.

lo establecido en la Ley Orgánica (arts. 106, 112, 113 y 114). La Ley Orgánica, en consecuencia, derogó parcialmente el decreto ley 677 de 21 de junio de 1985 que estableció las normas sobre las fundaciones, asociaciones y sociedades civiles del Estado y el control de los aportes públicos a las instituciones privadas[35].

a'. *Las empresas del estado*

El artículo 100 LOAP define a las empresas del Estado como las sociedades mercantiles en las cuales la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios, o alguno de los entes descentralizados funcionalmente regulados en la Ley Orgánica, solos o conjuntamente, tengan una participación mayor al 50% del capital social[36]. Conforme a dicha Ley, tanto la República, como los estados, los municipios y los distritos metropolitanos pueden constituir sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, incluso como únicos accionistas (art. 103).

La creación de las empresas del Estado debe ser autorizada respectivamente por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, los gobernadores y los alcaldes según corresponda, mediante decreto o resolución de conformidad con la ley (art. 101).

Las empresas del Estado adquieren la personalidad jurídica con la protocolización de su acta constitutiva en el registro mercantil correspondiente a su domicilio, donde se debe archivar un ejemplar auténtico de sus estatutos y de la *Gaceta Oficial* de la República o del medio de publicación oficial correspondiente donde aparezca publicado el decreto que autorice su creación (art. 101). Además, conforme al artículo 102 LOAP, todos los documentos relacionados con las empresas del Estado que conforme al Código de Comercio tienen que ser objeto de publicación, deben publicarse en la *Gaceta Oficial* de la República o en el correspondiente medio de divulgación oficial de los estados, de los distritos metropolitanos o de los municipios.

Corresponde al ministro u órgano de adscripción, nacional, estadal, del distrito metropolitano o municipal respectivo, ejercer, según corresponda, la representación del órgano respectivo en la asamblea de accionistas u órganos correspondientes de las empresas del Estado que se encuentren bajo su tutela (art. 120).

En los casos de empresas del Estado nacionales, estadales, de los distritos metropolitanos o municipales con un único accionista, el artículo 104 LOAP dispone que los derechos societarios podrán ser ejercidos, según sea el caso, por la República, los estados, los distritos metropolitanos, los municipios o los entes a que se refiere la Ley Orgánica, que sea titular de las acciones en forma unilateral, sin que ello implique el incumplimiento de las disposiciones pertinentes del Código de Comercio ni las relacionadas con la publicación a que se refiere esta ley.

b'. *Las fundaciones del estado*

Conforme al artículo 108 LOAP, son fundaciones del Estado los patrimonios afectados a un objeto de utilidad general, artístico, científico, literario, benéfico, social u otros, en cuyo acto de constitución participe la República, los estados, los distritos metropolitanos, los municipios o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere esta ley, siempre que su patrimonio inicial se realice con aportes del Estado en un porcenta-

---

35 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 3.574 *Extra.* de 21 de junio de 1985. Cfr. en general, ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "El régimen de las fundaciones en el decreto n.º 41 de 14 de diciembre de 1984", *Revista de derecho público,* n.º 20, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1984, pp. 96 y ss.

36 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Régimen de las empresas públicas en Venezuela,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1981.

je mayor al 50% (art. 108). Dos son, por tanto, las condiciones para que una fundación pueda considerarse como fundación del Estado: por una parte, que se constituya por un ente público, y por la otra, que en el patrimonio fundacional *inicial* haya aporte del Estado mayor al 50% del mismo. Ambas condiciones deben cumplirse acumulativamente.

La creación de las fundaciones del Estado también debe ser autorizada respectivamente por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, los gobernadores, los alcaldes, según corresponda, mediante decreto o resolución (art. 109).

Las fundaciones del Estado adquieren personalidad jurídica conforme al artículo 19 C.C. con la protocolización de su acta constitutiva en la oficina subalterna de registro correspondiente a su domicilio, donde se debe archivar un ejemplar auténtico de sus estatutos y de la *Gaceta Oficial* de la República o del medio de publicación oficial estadal o municipal correspondiente donde aparezca publicado el decreto o resolución que autorice su creación.

En el acta constitutiva de las fundaciones del Estado se debe indicar el valor de los bienes que integran su patrimonio, así como la forma en que deben ser dirigidas y administradas (art. 111).

El acta constitutiva, los estatutos y cualquier reforma de tales documentos de las fundaciones del Estado deben ser publicados en la *Gaceta Oficial* de la República o en el respectivo medio de publicación oficial, estadal o municipal, con indicación de los datos correspondientes al registro (art. 110).

Corresponde al ministro u órgano de adscripción nacional, estatal, del distrito metropolitano o municipal respectivo ejercer, según proceda, la representación del órgano respectivo en los órganos correspondientes de las fundaciones del Estado que se encuentren bajo su tutela (art. 120).

c'. *Las sociedades civiles del estado (nacionales)*

El artículo 113 LOAP define a las asociaciones y sociedades civiles del Estado como aquéllas en las cuales la República o algún ente descentralizado funcionalmente nacional posea el 50% o más de las cuotas de participación, y aquéllas cuyo monto se encuentre conformado en la misma porción por aporte de los mencionados entes, siempre que tales aportes hubiesen sido efectuados en calidad de socio o miembro. La Ley Orgánica, por tanto, no regula las sociedades civiles del Estado que puedan constituir los estados, municipios o distritos metropolitanos.

La creación de las asociaciones y sociedades civiles del Estado debe estar autorizada por el Presidente de la República mediante decreto, o a través de resolución dictada por el máximo jerarca del ente descentralizado funcionalmente, que participe en su creación (art. 114). El acta constitutiva de las sociedades civiles del Estado debe indicar el valor de los bienes que integran su patrimonio, así como la forma en que serán dirigidas y administradas (arts. 114 y 111).

Las sociedades civiles del Estado adquieren personalidad jurídica con la protocolización de su acta constitutiva en la oficina del registro subalterno correspondiente a su domicilio, donde se debe archivar un ejemplar auténtico de sus estatutos y de la *Gaceta Oficial* de la República, donde aparezca publicado el decreto que autorice la creación (art. 114). El acta constitutiva y estatutos de las sociedades civiles del Estado deben ser publicado en la *Gaceta Oficial* de la República, con indicación de los datos de registro (arts. 114 y 110).

C. *La autonomía funcional y el control de tutela (adscripción)*

La autonomía de los entes descentralizados funcionalmente es mucho más limitada que la autonomía de los entes territoriales, lo que implica que el control sobre los mismos de parte de los órganos de la Administración central es mucho mayor.

a. *El control de adscripción*

La consecuencia fundamental de la descentralización funcional es la existencia del control de adscripción, el cual es un tipo de control que se establece en el campo administrativo, entre órganos pertenecientes a personas jurídicas distintas, y por tanto sustancialmente distinto al control jerárquico.

Ya se ha indicado que una de las consecuencias de la jerarquía es el control que el superior ejerce sobre el inferior. Ahora bien, si el control jerárquico es consecuencia de la jerarquía, el control de adscripción es consecuencia de la descentralización funcional, y se da entre dos sujetos de derecho diferentes. En cambio, el control jerárquico, se da entre órganos de un mismo sujeto de derecho, en una misma unidad jerárquica.

Este control de adscripción puede ser el llamado control de tutela, el cual se refiere a la Administración descentralizada funcionalmente conforme a las formas del derecho público (instituto autónomo). Cuando se utilizan formas de derecho privado, el tipo de control dependerá de la forma que se utilice: por ejemplo, si la descentralización se hace mediante una sociedad anónima, el control será accionarial: el Estado accionista controla la compañía a través del funcionario que representa las acciones en la Asamblea; si se trata, por el contrario, de una fundación, el control lo realiza el fundador, en el supuesto que tratamos, el Estado, mediante los mecanismos que se establezcan en los estatutos.

En consecuencia, el control de tutela se presenta en la descentralización funcional con formas de derecho público, y es en este sentido que la Ley Orgánica de la Administración Pública establece, en el artículo 76.12 que le corresponde al ministerio de adscripción ejercer sobre los institutos autónomos, las funciones de coordinación y control que le correspondan conforme a la Ley Orgánica y a las leyes especiales de creación.

b. *Diferencias entre el control jerárquico y el control de tutela*

Ahora bien, entre el control de tutela y el control jerárquico se pueden establecer varias diferencias[37]. Una primera diferencia viene dada por el hecho de que la jerarquía implica un control entre órganos de un mismo sujeto de derecho público; en cambio, la tutela establece una relación de control entre diversos sujetos de derecho, esto es, entre diversas personas jurídicas.

El control jerárquico es un control normal, en el sentido de que se presume siempre. El superior jerárquico tiene la potestad de dirigir, controlar y revisar los actos del inferior, salvo que haya limitaciones legales. En cambio, el control de tutela no se presume, tiene que estar expresamente establecido en la ley, determinándose qué es lo que puede hacer el ente titular de esta facultad, sobre el ente descentralizado. No es un control ilimitado, sino que, por el contrario, las formas como se debe realizar y los actos sujetos al mismo deben estar expresamente consagrados en la ley.

En esta forma, el recurso jerárquico se presume que existe siempre, salvo exclusión legal expresa, por lo que un acto del inferior puede ser impugnado, normalmente, ante el ministro. En cambio, en materia de tutela, la presunción opera en sentido contrario. Así en

---

[37] Cfr. José A. García Trevijano-Fos, *Principios jurídicos de la organización administrativa,* cit., pp. 214 y ss.

Venezuela hasta 1982, no existía recurso jerárquico ante el ministro de adscripción contra el acto de un ente descentralizado, salvo que la ley expresamente lo autorizare. De manera que sólo procedía un recurso contra un acto de un instituto autónomo cuando la ley expresamente lo preveía. En nuestra legislación había pocos casos de este tipo, y entre ellos puede citarse el contemplado en la Ley de Reforma Agraria, cuyo artículo 201 establecía que las decisiones dictadas por el Directorio del Instituto Agrario Nacional, en los casos especificados en dicho artículo, eran "apelables" para ante el ministro de Agricultura y Cría, dentro de los lapsos previstos en el mismo[38].

Con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981, sin embargo, esta situación cambió y la excepción fue erigida en regla al establecerse con carácter general que "el recurso jerárquico podrá ser intentado contra las decisiones de los órganos subalternos de los institutos autónomos por ante los órganos superiores de ellos. Contra las decisiones de dichos órganos superiores operará recurso jerárquico para ante el respectivo ministro de adscripción, salvo disposición en contrario de la ley" (artículo 96).

Otra diferencia entre el control de tutela y el control jerárquico está, en que en la jerarquía se presume que el superior jerárquico puede dictar normas e instruir la acción del inferior. En cambio, en el control de tutela el principio es el contrario: el ministro no tiene facultades de dar instrucciones al instituto que le está adscrito, sino cuando la ley lo establezca expresamente. Por ejemplo, la ley que reguló el Instituto Venezolano de Petroquímica, antes de su transformación en compañía anónima, atribuía al ministro de Energía y Minas la facultad de definir la política general del instituto e instruir, con carácter general, las acciones del mismo[39].

Se puede anotar también, como diferencia entre ambos medios de control, que en la relación jerárquica hay una sumisión del inferior al superior, en el sentido de que si un ministro dicta un acto administrativo determinado, por más que el inferior no esté de acuerdo con el mismo, por la relación de subordinación en que se encuentra debe acatarlo, cumplirlo y hacerlo cumplir, sin que quepa la posibilidad de que pueda impugnarlo ante la jurisdicción contencioso administrativa. En cambio, este principio no se da en el caso de la descentralización funcional, y puede ser, por el contrario, perfectamente admitido un recurso de un instituto autónomo contra el acto del ministro de tutela.

c. *La adscripción de los entes descentralizados a los órganos de la administración pública nacional central*

a'. *La potestad de adscripción*

Corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros decretar la adscripción de los institutos autónomos, empresas, fundaciones, asociaciones y sociedades civiles del Estado a los órganos de la Administración Pública central nacional. En dicho decreto, el Presidente, conforme se establece en el artículo 115 de la LOAP, tiene competencias amplísimas en la materia para determinar el ministerio de adscripción en los casos en que ello no se encuentre previsto en la ley o acto jurídico de creación del ente descentralizado funcionalmente; variar la adscripción del ente descentralizado funcionalmente que se encuentre prevista en su correspondiente ley o acto jurídico de creación, de acuerdo a las reformas que tengan lugar en la organización ministerial, y atendiendo, en especial, a la creación o supresión de los ministerios o cambios en sus respectivas competencias; variar

38 Véase la ley del 5 de marzo de 1960, *Gaceta Oficial* n.° 611, Extra. del 19 de marzo de 1960.

39 Al respecto, véase Allan R. Brewer-Carías, *El control de las actividades económicas del Estado en el derecho venezolano*, Caracas, Contraloría General de la República, 1969, p. 82.

la adscripción de las acciones de uno a otro órgano, o transferir sus acciones a un instituto autónomo o a otro ente descentralizado funcionalmente; y fusionar empresas del Estado y transformar en éstas o en servicios autónomos sin personalidad jurídica, las fundaciones del Estado que estime conveniente.

Este decreto, por tanto, puede considerarse que tiene valor de ley por el poder derogatorio que tiene respecto de las leyes, por ejemplo, la Ley sobre adscripción de institutos autónomos, empresas del estado, fundaciones, asociaciones y sociedades civiles del Estado a los órganos de la Administración central y fundaciones del Estado[40]

Debe señalarse, por último, que la Ley Orgánica no regula la potestad de determinar la adscripción de los entes descentralizados funcionalmente en los estados, municipios o distritos metropolitanos, por lo que debe aplicarse analógicamente el régimen antes indicado, en cuanto que tal atribución corresponde a la autoridad ejecutiva de mayor jerarquía.

Todo instituto autónomo, empresa o fundación, asociación y sociedad civil del Estado se tiene que encontrar adscrito a un determinado ministerio u órgano de la Administración Pública correspondiente y, en ningún caso puede quedar adscrito al despacho del Presidente de la República, del Vicepresidente Ejecutivo, del gobernador o del alcalde (art. 116).

b'. *Atribuciones de los órganos de adscripción*

Los ministerios u otros órganos de control, nacionales, estadales, de los distritos metropolitanos o municipales, respecto de los entes descentralizados funcionalmente que le estén adscritos, tienen entre sus atribuciones generales las siguientes indicadas en el artículo 117 LOAP: definir la política a desarrollar por tales entes, a cuyo efecto pueden formular las directivas generales que sean necesarias; ejercer permanentemente funciones de coordinación, supervisión y control; evaluar en forma continua el desempeño y los resultados de su gestión e informar oportunamente al Presidente de la República, gobernador o alcalde, según corresponda; informar trimestralmente al organismo u órgano, nacional, estadal, del distrito metropolitano o municipal, encargado de la planificación acerca de la ejecución de los planes por parte de los entes, y proponer al Presidente de la República, gobernador, o alcalde, según corresponda, las reformas necesarias a los fines de crear, modificar o eliminar las entidades descentralizadas funcionalmente que respectivamente le estén adscritas.

c'. *Obligatoriedad de publicación de los entes descentralizados adscritos*

De acuerdo con el artículo 118 LOAP, en el mes de enero de cada año, los ministerios y órganos de adscripción nacionales, estadales, de los distritos metropolitanos o municipales deben publicar en la *Gaceta Oficial* de la República o en el medio oficial que corresponda, la lista de los entes descentralizados adscritos o bajo su tutela, con indicación del monto de la participación, si se tratare de una empresa del Estado, y de la conformación de su patrimonio, si se tratare de un instituto autónomo o una fundación del Estado.

Igualmente deben indicar los entes que se hallen en proceso de privatización o de liquidación.

---

[40] Véase *Gaceta Oficial* n.º 5.556 Extra. del 13 de noviembre de 2001.

d'. *El control de gestión*

Conforme al artículo 119 LOAP, el ministerio u órgano de control, nacional, estadal, del distrito metropolitano o municipal, a cargo de la coordinación y planificación debe determinar los indicadores de gestión aplicables para la evaluación del desempeño institucional de los órganos desconcentrados y entes descentralizados funcionalmente, de conformidad con el reglamento respectivo.

Como instrumento del control de tutela sobre el desempeño institucional de los entes descentralizados, de conformidad con la Ley Orgánica se deben suscribir compromisos de gestión entre entes descentralizados funcionalmente y el respectivo ministerio u órgano de adscripción nacional, estadal, del distrito metropolitano o municipal, según el caso (art. 119).

Dichos compromisos de gestión se regulan detalladamente en los artículos 129 y siguientes LOAP, como se señala más adelante.

El artículo 121 ibíd. obliga a los entes descentralizados funcionalmente a informar al ministerio u órgano de adscripción, nacional, estadal, del distrito metropolitano o municipal, acerca de toda participación accionaria que suscriban y de los resultados económicos de la misma.

Además, los administradores de los entes descentralizados funcionalmente deben remitir anualmente a los ministerios u órgano de adscripción nacional, estadal, del distrito metropolitano o municipal correspondientes el informe y cuenta de su gestión (art. 121).

e'. *La intervención de los institutos autónomos*

El Presidente de la República, gobernador, alcalde, según corresponda, puede decidir la intervención de un instituto autónomo, cuando existan razones que lo justifiquen (art. 123).

Esta intervención se debe decidir mediante decreto o resolución que se debe publicar en la *Gaceta Oficial* de la República o en el medio de publicación oficial estadal, del distrito metropolitano o municipal correspondiente.

Dicho acto debe contener el lapso de duración de la intervención y los nombres de las personas que deben formar parte de la junta interventora (art. 124).

La junta interventora que se designe debe proceder a redactar y ejecutar uno o varios presupuestos sucesivos tendientes a solventar la situación del instituto, cumpliendo al efecto lo preceptuado en la legislación presupuestaria (art. 125).

La actuación de la junta debe circunscribirse estrictamente a realizar los actos de administración necesarios para mantener la continuidad de las atribuciones o actividades a cargo del instituto intervenido, proveyendo al cumplimiento de sus obligaciones y adoptando las medidas conducentes a evitarle cualquier perjuicio (art. 125).

El ministro u órgano de adscripción nacional, estadal, del distrito metropolitano o municipal debe examinar los antecedentes que hayan motivado la intervención del instituto y, de acuerdo con sus resultados, debe proceder a remitir a los órganos competentes los documentos necesarios a objeto de determinar la responsabilidad penal, civil, administrativa o disciplinaria de los integrantes de los órganos de dirección y administración (art. 126).

La gestión de la junta interventora debe cesar tan pronto haya logrado rehabilitar la hacienda del instituto intervenido.

El decreto o resolución respectivo del Presidente de la República, gobernador o alcalde, según corresponda, que restituya al instituto su régimen normal, debe disponer lo procedente respecto a la integración de los órganos directivos del mismo (art. 127).

f'. *La intervención, supresión y liquidación de empresas y fundaciones estatales*

Las empresas y las fundaciones del Estado también pueden ser objeto de intervención, supresión y liquidación de conformidad con las normas previstas en el Código de Comercio y en el Código Civil.

En todo caso, el Presidente de la República, gobernador o alcalde, según corresponda, mediante decreto o resolución correspondiente, debe dictar las reglas que estime necesarias a los fines de la intervención, supresión o liquidación de las entidades mencionadas y debe designar a las personas encargadas de ejecutarlas.

La personalidad jurídica de las entidades descentralizadas funcionalmente debe subsistir para los fines de la liquidación, hasta el final de ésta (art. 128).

III. LA DESCONCENTRACIÓN ADMINISTRATIVA

La desconcentración es una forma de distribución de competencias, pero a diferencia de la delegación es una distribución de competencias en forma permanente y abstracta, atribuida siempre al órgano y no al titular del cargo[41]. La misma puede efectuarse por ley especial originando las llamadas administraciones independientes, o mediante actos normativos de carácter ejecutivo.

1. *Las administraciones independientes*

El legislador puede establecer la desconcentración de órganos de la Administración Pública creando administraciones independientes que, si bien quedan adscritas a la Administración ministerial a efectos fundamentalmente presupuestarios, no están sometidas al control jerárquico por parte del ministro[42].

Por tanto, aparte de la desconcentración administrativa realizada por los propios órganos ejecutivos en los casos de atribuciones genéricas de competencias, existe otra forma de desconcentración administrativa, más pronunciada y estable, basada en la voluntad del legislador. En estos casos es frecuente que las leyes, directamente, atribuyan competencias, no al ministro o al ministerio, sino específicamente a una dirección o unidad organizativa del despacho. Tal es el caso, por ejemplo, de la Superintendencia de Promoción y Protección a la Libre Competencia que es un órgano creado directamente por el legislador en la Ley de Proyección y Promoción de la Libre Competencia de 1992 (art. 19), con competencias asignadas también directamente por el propio legislador, aun cuando funcione integrado en la organización del Ministerio de Producción y Comercio. En este caso, por ejemplo, es el propio legislador el que atribuye competencias exclusivas a este órgano, sin que pueda el ministro, a pesar de ser superior jerárquico, ejercerlas directamente, agotándose además la vía administrativa con la decisión que adopte el funcionario respectivo, la cual sólo puede ser impugnada ante los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa (art. 53).

---

41 Cfr., en general, JUAN LUIS DE LA VALLINA VELARDE, "La desconcentración administrativa", n.° 35, Madrid, *Revista de Administración Pública*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1961, pp. 75 a 138; MARÍA M. MATHEUS INCIARTE y FABIOLA DEL VALLE TAVARES DUARTE, "Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001: Algunos elementos definitorios de los principios de descentralización y desconcentración", en *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, vol. II, cit. pp. 97-121.

42 Cfr. NÉLIDA PEÑA COLMERARES, "Breve referencia a las administraciones independientes en el derecho comparado y venezolano", *Ensayos de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca,* vol. II, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 325-374.

2. *La transferencia de competencias en la administración central*

A. *Competencia ejecutiva*

Para el cumplimiento de las metas y objetivos de la Administración Pública, el artículo 31 LOAP dispone que se pueda adaptar su organización a determinadas condiciones de especialidad funcional y de particularidad territorial, transfiriendo atribuciones de sus órganos superiores a sus órganos inferiores, mediante acto normativo de conformidad con la Ley Orgánica.

En todo caso, la desconcentración funcional o territorial transfiere únicamente la atribución. La persona jurídica en cuyo nombre actúe el órgano desconcentrado será responsable patrimonialmente por el ejercicio de la atribución o el funcionamiento del servicio público correspondiente, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los funcionarios y funcionarias que integren el órgano desconcentrado y se encuentren encargados de la ejecución de la competencia o de la gestión del servicio público correspondiente (art. 32).

B. *La desconcentración administrativa de la administración ministerial*

El Presidente de la República en Consejo de Ministros puede, mediante el respectivo reglamento orgánico, convertir unidades administrativas de los ministerios en órganos desconcentrados, con autonomía presupuestaria, administrativa, financiera o de gestión según acuerde el decreto respectivo (art. 90).

La desconcentración de atribuciones en órganos inferiores de los entes públicos también puede revertirse mediante la modificación o derogación del instrumento jurídico que le dio origen (art. 31).

El control jerárquico sobre los órganos desconcentrados corresponde al ministro en aquellas materias cuyas atribuciones de dirección no hayan sido transferidas, y debe ejercer el control que especialmente se determine sobre el ejercicio de las atribuciones transferidas que establezca el decreto de desconcentración (art. 90).

Adicionalmente, el artículo 91 LOAP establece que los órganos de la Administración Pública que sean desconcentrados deben ser controlados de conformidad con sus disposiciones especiales y, en su defecto, según las previsiones de la ley, particularmente, conforme a lo establecido en el artículo 117 LOAP, el cual establece entre las atribuciones del órgano controlante, las de definir la política a desarrollar por tales entes, a cuyo efecto deben formular las directivas generales que sean necesarias; ejercer permanentemente funciones de coordinación, supervisión y control; evaluar en forma continua el desempeño y los resultados de su gestión e informar oportunamente al Presidente; informar trimestralmente al organismo u órgano nacional, encargado de la planificación acerca de la ejecución de los planes por parte de los entes; y proponer al Presidente de la República, las reformas necesarias a los fines de crear, modificar o eliminar las entidades descentralizadas funcionalmente que respectivamente le estén adscritas.

Por último, también rige para los órganos desconcentrados el control de gestión regulado en los artículos 119 y siguientes LOAP.

C. *Los servicios autónomos sin personalidad jurídica*

El Presidente de la República, mediante el reglamento orgánico respectivo, en Consejo de Ministros, puede crear órganos con carácter de servicios autónomos sin personalidad jurídica u otorgar tal carácter a órganos ya existentes en los ministerios y las ofici-

nas nacionales (art. 92); ello con el propósito de obtener recursos propios producto de su gestión para ser afectados al financiamiento de un servicio público determinado[43].

De acuerdo con la Ley Orgánica de la Administración Pública, sólo puede otorgarse tal carácter de servicio autónomo sin personalidad jurídica en aquellos casos de prestación de servicios a cargo del Estado que permitan, efectivamente, la captación de ingresos propios (art. 92).

En todo caso, los referidos servicios son órganos que deben depender jerárquicamente del ministro o del viceministro que determine el respectivo reglamento orgánico (art. 92).

En el reglamento orgánico de creación de los servicios autónomos sin personalidad jurídica, tal como lo dispone el artículo 94 LOAP, se debe establecer su finalidad y la asignación de competencias; la integración y las fuentes ordinarias de ingreso; el grado de autonomía presupuestaria, administrativa, financiera y de gestión que se acuerde; los mecanismos de control a los cuales debe quedar sometido; el destino que se debe dar a los ingresos obtenidos en el ejercicio de la actividad y el destino de los excedentes al final del ejercicio fiscal; y la forma de designación del titular que debe ejercer la dirección y administración, y el rango de su respectivo cargo.

Los servicios autónomos sin personalidad jurídica deben contar con un fondo separado, para lo cual deben estar dotados de la autonomía que acuerde el reglamento orgánico que les otorgue tal carácter.

Conforme al artículo 34.3 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector público de 2000[44], los ingresos provenientes de la gestión de los servicios autónomos sin personalidad jurídica no forman parte del Tesoro y, en tal virtud, pueden ser afectados directamente, de acuerdo con los fines para los cuales han sido creados. Tales ingresos sólo pueden ser utilizados para cubrir los gastos que demanda el cumplimiento de sus fines (art. 93).

D. *La desconcentración regional*

La desconcentración administrativa también podría ser a nivel regional, como sucedió en el proceso de regionalización que se desarrolló en los años setenta. En ese caso, se podía hablar de una desconcentración regional, que se producía cuando determinado ministerio tenía, a nivel de cada una de las regiones del país, una dirección regional. Podía haber desconcentración de competencias en esas direcciones en forma permanente y abstracta. Esa desconcentración regional como política gubernamental se inició con el primer reglamento de regionalización administrativa, en 1969[45], y a partir de esa fecha se comenzó a plantear la necesidad de desconcentrar regionalmente a la Administración Pública. El último reglamento de regionalización administrativa fue el dictado por decreto 3128 del 6 de marzo de 1979[46], en el cual se hablaba de la desconcentración regional de la Administración Pública nacional utilizando el término preciso desde el punto de vista administrativo: desconcentración a nivel regional de la competencia de la Administración central[47]. Para esa desconcen-

---

43 Cfr. en general, EDUARDO E. SOTO PARRA, "Los servicios autónomos sin personalidad jurídica en la organización administrativa venezolana", *Revista Tachirense de Derecho*, n.º 9, San Cristóbal, Universidad Católica del Táchira, 1997, pp. 143-159.

44 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 37.029 del 5 de septiembre de 2000.

45 Cfr. lo señalado en ALLAN R. BREWER-CARÍAS y NORMA IZQUIERDO CORSER, *Estudios sobre la regionalización en Venezuela*, cit. pp. 431 y ss.

46 Véase en *Gaceta Oficial* n.° 2.422, Extra. del 9 de marzo de 1979.

47 En tal sentido, por ejemplo, el artículo 27 del Reglamento de Regionalización, señaló que "los diversos organismos de la Administración Pública nacional, descentralizada y las empresas del Estado que lleven a cabo activida-

tración regional se preveían varias exigencias en el reglamento, y entre ellas, ante todo, la necesidad de uniformar las zonas de acción de los diversos ministerios, es decir, que cada ministerio debía identificar nueve áreas de acción regional, y al identificarlas debía designar nueve directores regionales.

Otra exigencia era la establecida en el artículo 29 de dicho decreto, con base en la cual la desconcentración regional debía hacerse con criterio sectorial. Esta orientación parecía ser política de interés en el Gobierno, según podía observarse del contenido del Instructivo n.° 27 del 4 de enero de 1977, que el Presidente de la República dirigió a los ministerios, institutos autónomos y empresas del Estado, incitando a la desconcentración de actividades a nivel regional y a la coordinación y organización de las unidades regionales en forma adecuada[48].

Debe destacarse, por último, la exhortación que hizo la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del poder público de 1989[49] al Ejecutivo nacional de impulsar la desconcentración de funciones dentro de sus respectivas dependencias, a fin de facilitar la transferencia de competencias.

IV. LA ENCOMIENDA DE GESTIÓN

La encomienda de gestión es la potestad regulada en la Ley Orgánica, conforme a la cual los órganos de adscripción de entes descentralizados funcionalmente en la Administración Pública nacional, de los estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios, pueden "encomendar", total o parcialmente, la realización de actividades de carácter material o técnico de determinadas competencias a sus respectivos entes descentralizados funcionalmente por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos para su desempeño, de conformidad con las formalidades que determinen la Ley Orgánica de la Administración Pública y su reglamento (art. 39).

La encomienda de gestión no supone cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda (art. 39)[50].

Cuando la encomienda se establezca entre órganos de las administraciones de distintos niveles territoriales o entre entes públicos, la Ley Orgánica exige que se adopte mediante convenio, es decir, contrato del Estado de carácter inter administrativo, cuya eficacia queda supeditada a su publicación en la *Gaceta Oficial* de la República o en el medio de publicación equivalente estadal o municipal (art. 40).

La encomienda de gestión, en todo caso debe decidirse por acto motivado, en el cual se deben identificar los órganos o entes entre los cuales se transfiere el ejercicio de la gestión, y determinar la fecha de inicio de su vigencia.

---

des en las regiones, deberán establecer a nivel de cada Región una Delegación o Dirección Regional para la programación y coordinación de la ejecución de dichas actividades, en tanto no sea contrario a la naturaleza de las mismas".

48 Véase en *Gaceta Oficial* n.° 31.177 del 17 de febrero de 1977.

49 *Gaceta Oficial* n.° 4.153, Extra. del 28 de diciembre de 1989.

50 La figura de la "encomienda" tuvo su origen en los Reglamentos de la Ley Orgánica de descentralización, delimitación y transferencia de competencias del poder público, dictados en 1993. Cfr. en Allan R. Brewer-Carías et ál., *Leyes para la descentralización política de la Federación,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 3ª Edición, 1993, pp. 381 y ss.

Cuando en la encomienda no se determine esta fecha de inicio, se entiende que comienza desde su publicación en la *Gaceta Oficial* o en el medio de divulgación oficial del estado, del distrito metropolitano del municipio correspondiente (art. 42).

V. LA DELEGACIÓN

1. *Tipos de delegación*

Fue la Ley Orgánica de la Administración Central de 1976 la que por primera vez reguló en forma general la desviación de competencia a través de la delegación de atribuciones, esto es, mediante la transferencia del ejercicio de determinadas competencias que un superior jerárquico puede hacer en un funcionario inferior[51].

En efecto, el artículo 20.25 de dicha ley estableció como atribución común a todos los ministros, "delegar atribuciones en el Director General del ministerio o en los Directores Generales"; norma en relación con la cual, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia 1133 del 10 de agosto de 2000 (caso: Banco Occidental de Descuento, S.A.C.A. *vs.* Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras) sentó el siguiente criterio:

La delegación como desviación legítima o "quiebra" de la competencia originariamente atribuida a un órgano, es una figura excepcional en virtud de la cual un órgano superior encarga a otro inferior el cumplimiento de funciones específicas a individualizadas que el ordenamiento jurídico le ha conferido como propias a dicho órgano superior.

La delegación es un instituto excepcional dentro del ordenamiento jurídico, no constituyendo un instituto general dentro del derecho público.

El primer texto normativo en Venezuela que consagró expresamente la figura de la delegación fue la Ley Orgánica de la Administración Central de 1976, la cual establecía en su artículo 20, ordinal 25, como atribución común a todos los Ministros "...delegar atribuciones en el Director, General del ministerio o en los Directores Generales...".

Según la interpretación que la doctrina daba a la norma supra citada, solo el Ministro podía mediante Resolución delegar funciones, y únicamente en el Director General del ministerio y en los Directores Generales Sectoriales, considerándose nula toda delegación en órganos de menor jerarquía.

La Ley Orgánica de la Administración Central dictada en fecha 14 de diciembre de 1999 modificó la redacción de la derogada estableciendo como competencia específica del Ministro "*Delegar competencias y la firma de documentos de conformidad con las previsiones legales y reglamentarias*".

En principio puede señalarse en congruencia con la doctrina jurídico pública que la *delegación de firma* no constituye una verdadera delegación de funciones o atribuciones, ya que no obstante producirse ella, el funcionario superior sigue siendo competente para el ejercicio de la facultad específica respecto a la cual se ha delegado la firma.

Por el contrario, en la delegación de atribuciones o de funciones, la competencia y la responsabilidad propias de su ejercicio se transfieren al órgano inferior delegado, de manera que cuando el funcionario delegado decide lo hace en nombre propio, aún cuando sus actos puedan ser revisados por el superior delegante; a diferencia de lo que sucede con la delegación de firma en la que el funcionario delegado no decide en nombre propio, sino que la decisión se considera dictada por el funcionario superior delegante de la firma.

---

51 Cfr. en general JUAN LUIS DE LA VALLINA y CELARDE, *Transferencia de funciones administrativas,* Madrid, 1964.

Vale la pena destacar que con la delegación de atribuciones o funciones se transfiere solamente el ejercicio de competencias determinadas, más no la titularidad de la competencia la cual sigue radicada en el titular originario dado el carácter esencialmente temporal y revocable del acto de delegación. Admitir lo contrario sería aceptar una subversión del principio de la jerarquía normativa y del rango sublegal de los actos administrativos, concibiendo como posible que mediante una Resolución el funcionario transfiriera definitivamente la competencia atribuida al órgano por una norma de rango legal.

Las diferencias señaladas han sido expresamente asentadas por la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa mediante sentencia del fecha 22 de julio de 1993 (caso Lourdes A. Vargas de Trujillo *vs.* Ministerio de Hacienda) que ya integra el acervo jurisprudencial venezolano, y en la cual el Máximo Tribunal en oportunidad de pronunciarse respecto a si la delegación altera el régimen recursivo administrativo y refiriéndose a la Ley Orgánica de la Administración Central derogada, expresó lo siguiente:

> "En Venezuela, la Ley Orgánica de la Administración Central prevé el instituto de la delegación en las dos formas en que se le conoce: la delegación de atribución y la delegación de firmas. Así, en el artículo 20 de la mencionada ley establece un conjunto de potestades comunes a los ministerios, se incluye, en su numeral 25: 'Delegar atribuciones en el Director General del ministerio o en los Directores Generales, y en éstos y otros funcionarios la firma de documentos, conforme a lo que establezca el Reglamento. La Resolución que contenga estas delegaciones será publicada en la *Gaceta Oficial*'.
>
> Ahora bien, la primera, esto es la delegación de atribuciones, que es considerada por los autores como la delegación propiamente dicha, modifica el orden de las competencias entre las autoridades administrativas involucradas, transfiriendo la competencia de una a otra; en cambio, la delegación de firma tiene sólo por objeto descargar al delegante de la tarea material de firmar los documentos que contienen sus decisiones.
>
> En cuanto a las consecuencias jurídicas de una y otra forma de delegación y, concretamente, si la delegación de atribuciones incide o modifica el régimen de los recursos que contra el acto del derogatorio se puedan ejercer, la Sala observa:
>
> Si el funcionario titular de la competencia está legalmente autorizado para encargar a un inferior de ejercer esa competencia, la decisión que éste último emita tiene exactamente la misma naturaleza y rango que si fuese dictada por el titular de la competencia. Por consiguiente, el régimen de los recursos contra esa decisión dictada por el delegatario no puede ser diferente, porque ello implicaría que la delegación de atribuciones no consiste en encargar a otro funcionario como si se tratara del superior de que ejerza una competencia originalmente de otro, sino en un cambio del procedimiento mismo que le agregaría un grado al aplicable cuando actúa el propio titular de la competencia. Deben quedar a salvo los casos en que la ley expresamente declara que los actos serán dictados por el Ministro sin que puedan delegar tal atribución, así como los límites a la delegación consagrados en el artículo 88 de la Ley Orgánica de Procedimientos *Administrativos* […]
>
> De manera que cuando un funcionario decide por delegación de un superior, debe entenderse que el delegatario actúa en lugar del delegante, siendo su decisión de la misma naturaleza y rango que la de aquél. La única diferencia que existe entre las dos modalidades de delegación examinadas es que, en la delegación de atribuciones el delegatario es el responsable personal del acto dictado, mientras que en la delegación de firma, la responsabilidad sigue siendo del titular de la competencia"[52].

[52] Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 83, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 105.

Ahora bien, en la actualidad, la Ley Orgánica de la Administración Pública, que derogó la vieja ley Orgánica de la Administración Central, distingue tres tipos de delegación: la inter orgánica, la subjetiva y la de gestión[53].

A. *La delegación inter orgánica*

El artículo 34 LOAP autoriza al Presidente de la República, al Vicepresidente Ejecutivo, a los ministros, los viceministros, los gobernadores, los alcaldes y los superiores jerárquicos de los órganos y entes de la Administración Pública para delegar las atribuciones que les estén otorgadas por ley a los órganos o funcionarios inmediatamente inferiores bajo su dependencia, de conformidad con las formalidades que determine la Ley Orgánica y su reglamento (art. 34).

Los funcionarios del órgano al cual se haya delegado una atribución serán responsables por su ejecución (art. 37).

Los actos administrativos derivados del ejercicio de las atribuciones delegadas, a los efectos de los recursos correspondientes, se tendrán como dictados por la autoridad delegante (art. 37).

Sobre esta delegación, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 14 de junio de 2000, (caso María F. Dos Santos A. *vs*. Instituto Autónomo de Policía Administrativa del municipio Vargas), ha señalado:

> [Que] tanto la doctrina como la jurisprudencia han ido precisando la figura de la delegación como una de las formas de traslación de la competencia y, por tanto, de naturaleza excepcional, la cual comprende dos formas o modalidades: la delegación de atribuciones y la delegación de firmas. La primera, implica la delegación propiamente dicha, pues mediante ésta se transfieren competencias de un superior jerárquico a un funcionario inferior, lo que incluye la responsabilidad que implica el ejercicio del cargo. Aquí, el delegatario actúa en lugar del delegante, por lo que tiene la facultad de dictar las actuaciones que le fueron atribuidas mediante una resolución en la que se hace constar la delegación, lo que deberá ser publicado en la Gaceta respectiva a los fines de que surta efectos ante terceros[54].

B. *La delegación inter subjetiva*

El artículo 33 LOAP, por otra parte, denomina delegación intersubjetiva al acto mediante el cual la Administración Pública nacional, la de los estados, la de los distritos metropolitanos y la de los municipios deleguen las competencias que les estén otorgadas por ley a sus respectivos entes descentralizados funcionalmente, de conformidad con las formalidades que determine la ley y su reglamento (art. 33).

La delegación intersubjetiva, en los términos establecidos por la Ley Orgánica, transfiere la responsabilidad por su ejercicio al ente delegado. Los funcionarios o funcionarias del ente delegado encargados del ejercicio de la competencia delegada serán responsables personalmente por su ejecución, sin perjuicio de la responsabilidad personal del funcionario o de los funcionarios que integren los órganos encargados de su ejecución en dicho ente (art. 36)

---

53 Cfr. ANTONIETA GARRIDO DE CÁRDENAS, "Consideraciones sobre las formas de organización administrativa establecidas en la Ley Orgánica de Administración Pública (2001) con especial referencia a la delegación", en *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, vol. I, cit., pp. 691-739; JOSÉ L. VELÁSQUEZ, "La delegación de gestión: ¿Una inadvertencia legislativa?", en *Ensayos de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca,* vol. II, cit. pp. 935-945.

54 Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 416.

C. *La delegación de gestión y de firma*

El artículo 38 LOAP autoriza al Presidente de la República, al Vicepresidente Ejecutivo, los ministros, los viceministros, los gobernadores, los alcaldes y las autoridades de superior jerarquía de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos, de los municipios y de los entes de la Administración Pública para delegar la gestión, total o parcial, de determinadas atribuciones a los órganos bajo su dependencia, así como la firma de documentos, en funcionarios o funcionarias adscritos a los mismos, de conformidad con las formalidades previstas en la ley y su reglamento (art. 38)[55]. Sobre la delegación de firmas, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ha señalado que "no implica una transferencia de competencias o facultades de decisión, por lo que no constituye una verdadera traslación de competencia, manteniendo el Superior la responsabilidad de la competencia y de la decisión. Al funcionario a quien se le concede este tipo de delegación, sólo estará facultado a suscribir el acto delegado y en consecuencia, ordenar su notificación"[56].

Conforme al artículo 38 LOAP, en ningún caso procede la delegación de firmas en los supuestos de actos administrativos de carácter sancionatorio ni en los casos en los cuales no procede la delegación inter orgánica a inter subjetiva previstos en el artículo 35 LOAP.

En todo caso, los actos administrativos que se firmen por delegación de gestión indicarán esta circunstancia y señalarán la identificación del órgano delegante (art. 42).

Por lo demás, la delegación de firma, en realidad, no es una verdadera desviación de competencia, ya que con ella el funcionario superior sigue siendo responsable de la decisión y de la competencia. En cambio, en la delegación de atribuciones, la competencia y la responsabilidad que acompañan su ejercicio, se transfieren al órgano inferior delegado. Este funcionario, cuando decide, lo hace a nombre propio; lo que no sucede en la delegación de firma: en este caso, la decisión no se tiene como decisión del inferior, sino como del funcionario superior.

2. *Los requisitos formales de la delegación*

El acto contentivo de la delegación, cualquiera sea su tipo, inter subjetiva o interorgánica, y de la delegación de gestión, debe ser motivado, identificar los órganos o entes entre los que se transfiera el ejercicio de la competencia o la gestión administrativa y determinar la fecha de inicio de su vigencia.

En los casos de delegación, en que no se determine la fecha de inicio de su vigencia, se entiende que ésta comienza desde su publicación en la *Gaceta Oficial* de la República o el medio de divulgación oficial del estado, del distrito metropolitano o del municipio correspondiente (art. 42).

Las delegaciones inter subjetivas y su revocación deben publicarse en la *Gaceta Oficial* de la Administración Pública correspondiente (art. 35).

Las resoluciones administrativas que se adopten por delegación deben indicar expresamente esta circunstancia y se consideran dictadas por el órgano delegante. En todo caso, la delegación será revocable en cualquier momento por el órgano que la haya conferido (art. 35).

---

55 La Ley Orgánica, en consecuencia, derogó el viejo Reglamento de delegación de firmas de los ministros del Ejecutivo nacional dictado por decreto n.º 140 del 17 de septiembre de 1969, *Gaceta Oficial* n.º 29.025 del 18 de septiembre de 1969.

56 Véase sentencia del 14 de junio de 2000, caso María F. Dos Santos A. *vs.* Instituto Autónomo de Policía Administrativa del Municipio Vargas, *Revista de Derecho Público*, No. 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 416.

3. *Limitación a las delegaciones inter subjetivas e inter orgánicas*

Conforme al artículo 35 LOAP y sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución o en leyes especiales, la delegación inter subjetiva o inter orgánica no procede cuando se trate de la adopción de disposiciones de carácter normativo; de la resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto de recurso; de competencias o atribuciones ejercidas por delegación, en aquellas materias que así se determinen por norma con rango de ley.

VI. LA AVOCACIÓN

El artículo 41 LOAP autoriza al Presidente de la República, al Vicepresidente Ejecutivo, a los ministros, a los viceministros, a los gobernadores, a los alcaldes y a los superiores jerárquicos de los órganos y entes de la Administración Pública, para poder avocarse al conocimiento y resolución de un asunto cuya resolución corresponda ordinariamente o por delegación a sus órganos jerárquicamente subordinados, cuando razones de índole técnica, económica, social, jurídica o de interés público lo hagan pertinente.

La avocación comprende las actividades materiales y las decisiones que correspondan al ejercicio de las atribuciones aplicables al caso, de conformidad con las formalidades que determinen la Ley Orgánica y el reglamento respectivo.

El mismo artículo 41 LOAP dispone que, en todo caso, la avocación se debe realizar mediante acuerdo motivado que debe ser notificado a los interesados en el procedimiento, si fuere el caso, con anterioridad al acto administrativo definitivo que se dicte.

Contra el acuerdo de avocación no opera recurso, aunque podrá impugnarse en el recurso que, en su caso, se interponga contra el acto administrativo definitivo que se dicte (art. 41).

§ 11. La distribución territorial de competencias del poder público en la Constitución

Siguiendo la tradición constitucional que se remonta a 1811[1], la Constitución venezolana de 1999[2] conservó la organización del Estado con forma federal, estableciendo una distribución del poder público en tres niveles: nacional, estadal y municipal (*Introducción general, IV*); atribuyendo su ejercicio a diversos órganos, y asignando competencias exclusivas en los tres niveles, además de las competencias concurrentes entre ellos, y algunas competencias residuales e implícitas.

En el artículo 136 C. se dispone entonces que "El poder público se distribuye entre el poder municipal, el de los estados y el nacional" lo que implica el reconocimiento de autonomías territoriales en el nivel intermedio, es decir, de los estados federados, los que antes de 1864 se denominaban provincias. En esa fecha, el triunfo de la Revolución federal precisamente condujo a la adopción definitiva de la forma federal del Estado, que sustituyó a la fórmula mixta de 1830, que a la vez había sustituido a la "Confederación" de 1811; adoptándose la denominación de la República como "estados Unidos de Venezuela", la que se conservó hasta 1953. Pero la Federación venezolana a partir de 1901, cuando se produjo el colapso del sistema de Estado federal liberal que se había instaurado en 1864, progresivamente comenzó a ser una "Federación centralizada" por la concentración en el nivel nacional de casi todos los poderes; situación que ha continuado hasta la actualidad a pesar del cambio político democrático de 1946 y, luego, del desarrollado a partir de 1958.

La gran transformación política que debió haber ocurrido en el proceso constituyente de 1999, debió consistir en la sustitución efectiva de la Federación centralizada por una Federación descentralizada. Grandes esfuerzos se hicieron en la materia; pero la profundización de la descentralización política como forma de perfeccionar la democracia, que debió ser el tema central del debate constituyente[3], no pasó del nominalismo expresado tanto en el Preámbulo como en el artículo 4.º que precisa que "La República Bolivariana de Venezuela es un Estado federal descentralizado en los términos consagrados por esta Constitución"; fórmula más o menos similar a la del artículo 2.º C. de 1961 que decía que "La República de Venezuela es un Estado federal, en los términos consagrados por esta Constitución".

---

1 Cfr. sobre la evolución del Estado en Venezuela, ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, t. I, "Evolución histórica del Estado", San Cristóbal y Caracas, Universidad Católica del Táchira y Edit. jurídica Venezolana, Caracas, 1996

2. Véase el texto comentado de la Constitución de 1999, *Gaceta Oficial* n.º 36.860 de 30 de diciembre de 1999, en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano,* 2 t., Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 2004.

3. Véanse nuestros planteamientos durante las sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Propuesta sobre la forma federal del Estado en la nueva Constitución: Nuevo Federalismo y Nuevo Municipalismo" en *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, t. I, 8 agosto a 8 septiembre, Caracas, Fundación de Derecho Público y Edit. Jurídica Venezolana, 1999, pp. 155 a 170). Cfr. también, ALLAN R. BREWER-CARÍAS "El reforzamiento de la forma federal del Estado Venezolano en la Nueva Constitución: Nuevo Federalismo y Nuevo Municipalismo", ponencia presentada en *The International Conference on Federalism in an Era of globalization*, Québec, Canadá octubre 1999 (mimeo), 13 páginass. Véase en www.allanbrewercarias.com (Documentos 1999).

En uno u otro caso, "los términos consagrados por la Constitución" son la clave para determinar efectivamente el grado de descentralización del Estado y, por tanto, de la Federación; y la comparación entre unos y otros "términos" revela muy poca diferencia. Puede decirse que, en la Constitución de 1999, salvo en el nominalismo, no se avanzó mayormente en relación con lo que existía en el texto de 1961[4]. En realidad, sólo se constitucionalizaron aspectos ya establecidos en la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del poder público de 1989[5], que ya tenía rango de ley constitucional en lo que se refería a la transferencia a los estados de competencias del poder nacional. Pero no hubo los avances y transformaciones que eran necesarios para hacer realidad la descentralización política de la Federación; y más bien se retrocedió institucionalmente al eliminarse el Senado y establecerse una Asamblea Nacional unicameral (art. 186), y al permitirse la limitación por ley nacional de la autonomía de los estados (art. 162) y de los municipios (art. 168), lo que implica negar, de entrada, la idea misma de descentralización política que tiene que estar basada en el concepto de autonomía territorial.

En consecuencia, la denominación de "Federación descentralizada" para identificar la forma del Estado que trae la Constitución es, sin duda, un avance nominal, que en "los términos establecidos" en la misma no significa realmente avance alguno, sino consolidación y mantenimiento parcial de reformas que se habían venían realizando desde 1989 hasta 1994, con algunos retrocesos.

Ahora bien, como toda Federación, así sea centralizada, la venezolana está montada sobre el principio de la distribución territorial del poder público entre tres niveles de gobierno: municipal, estadal y nacional"; distribución que debe regirse, conforme lo indica el artículo 4.º C., "por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad".

Es decir, la distribución territorial del poder público no puede en forma ni caso alguno atentar contra la integridad territorial de la República, cuyo territorio no puede ser afectado por el principio descentralizador, lo que impide cualquier intento separatista de parte de las entidades políticas que componen el Estado.

Por otra parte, la distribución del poder público entre la República, los estados y los municipios exige la cooperación entre los diversos niveles territoriales para alcanzar en conjunto los fines del Estado (art. 136); por ello, los principios de la concurrencia y corresponsabilidad de todos los entes públicos hacia los mismos fines superiores del Estado. Además, está el principio de la solidaridad entre las entidades políticas, de manera que el incumplimiento de sus deberes por algunas de ellas no excluye la asunción de los mismos por las otras entidades políticas.

Además de los anteriores principios, el artículo 165 C., que se refiere a las materias de competencia concurrente entre los tres niveles territoriales del poder público (República, estados y municipios), exige que las mismas sean desarrolladas mediante *leyes de bases* dictadas por la Asamblea Nacional y leyes de desarrollo aprobadas por los estados, legislación que debe estar orientada por los principios de interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad.

---

4. Cfr. lo que hemos expuesto en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999 (Alcance de una reforma insuficiente y regresiva)*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001; íd., "El Estado Federal Descentralizado y la centralización de la Federación en Venezuela (Situación y perspectiva de una contradicción constitucional)", en DIEGO VALADÉS y JOSÉ MARÍA SERNA DE LA GARZA (Coordinadores), *Federalismo y Regionalismo,* México, Universidad Nacional Autónoma de México y Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla, 2005 pp. 717 a 750.

5. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS et ál, *Leyes y reglamentos para la descentralización política de la Federación*, Caracas, 1994.

En cuanto al principio de interdependencia, este implica que los niveles territoriales, en el ejercicio de las competencias concurrentes, deben tener relaciones de dependencia, unos respecto de otros, en forma recíproca y mutua, para lo cual la coordinación de esfuerzos es fundamental. Esta coordinación debe realizarse, fundamentalmente, por un órgano intergubernamental que se creó en la Constitución de 1999, como es el Consejo Federal de Gobierno (art. 185).

Por último, se destaca el principio de la subsidiariedad en la distribución de competencias. Si "el poder público se distribuye entre el poder municipal, el poder estadal y el poder nacional", "colocados en este orden según su cercanía con el ciudadano, sujeto protagónico de este modelo de democracia participativa", según lo expresa la Exposición de motivos de la Constitución, el principio general para la asignación de competencias debería estar en el nivel municipal, debiendo ser asumidas las mismas en niveles superiores sólo en forma subsidiaria, cuando no puedan efectivamente desarrollarse a nivel local.

Ahora bien, la distribución vertical del poder público entre el poder municipal, el poder estadal y el poder nacional en los términos definidos en el artículo 136 C., conduce a una distribución de competencias entre los distintos órganos que ejercen el poder público: el poder público nacional, el poder público estatal y el poder público municipal. Esta distribución de competencias permite distinguir entre las *atribuciones* asignadas a los órganos de los tres niveles territoriales, y las *materias* sobre las cuales se ejercen las atribuciones en los tres niveles territoriales (arts. 156, 164, 178 y 179).

En efecto, cuando el artículo 156 C. dispone que "Es de la competencia del poder público nacional", en el texto enumera un conjunto de *materias* que corresponden a los órganos del poder nacional, pero sin precisar si son competencias exclusivas o no. En esa enumeración, en realidad, hay materias que son tanto de la competencia exclusiva del poder nacional como de competencia concurrente con otros niveles territoriales. En este artículo 156 C., por supuesto, no se regulan las *atribuciones* que corresponden a cada uno de los órganos del poder público nacional las cuales se asignan aparte en forma de exclusiva: a la Asamblea Nacional, por ejemplo, la atribución de "legislar en las materias de la competencia nacional" (art. 178.1), al Presidente de la República, por ejemplo, administrar la Hacienda Pública nacional (art. 236.11), y al Tribunal Supremo de Justicia, por ejemplo, ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes (art. 336.1).

En cuanto a los municipios, la distinción normativa entre *atribuciones* y *materias* sobre las cuales se ejercen las atribuciones también está establecida en la Constitución: en el artículo 178 se regula "la competencia del municipio", traducida en un conjunto de *materias* que no son de ejercicio exclusivo; y en los artículos 174 y siguientes se precisan las *atribuciones* de los órganos del poder público municipal, las cuales, por supuesto, son de carácter exclusivo: al concejo municipal se asigna la competencia para ejercer la "función legislativa del municipio" (art. 175), y al alcalde la competencia para ejercer "el gobierno y la administración del municipio" (art. 174).

En relación con los estados, la distinción de regulación normativa antes indicada que existe con relación al poder nacional y al poder municipal no es tan precisa. El artículo 164 C., cuando enumera la "competencia exclusiva de los estados", mezcla un conjunto de *atribuciones* con *materias* sobre las cuales se ejercen dichas atribuciones. Por ejemplo, al indicar que "es de la competencia exclusiva de los estados": "dictar su propia Constitución" (ord. 1.º), "la organización de sus municipios" (ord. 2.º) y "administrar sus bienes" (ord. 3.º), está precisando, en realidad, *atribuciones* de los órganos que ejercen el poder público en cada estado; pero cuando enumera dentro de las mismas "competencias exclusivas": "la ejecución, conservación, administración y aprovechamiento de las vías terrestres estadales" (ord. 9.º), está indicando una "materia" de la competencia estadal, de carácter exclusivo, que deben ejercer los órganos de cada estado conforme a sus respectivas atribuciones.

Para ello, la Constitución en otras normas precisa el detalle de esas atribuciones: al consejo legislativo le asigna la atribución de "legislar sobre las materias de la competencia estadal" (art. 162.1), y al gobernador del estado la de ejercer "el gobierno y administración de cada Estado" (art. 160).

De lo anterior resulta que si bien las *atribuciones* de los diversos órganos del poder público, tanto nacional como estadal y municipal, son siempre "competencias" de carácter exclusivo (dentro de las limitaciones constitucionales), en cambio no todas las competencias, en el sentido de *materias* sobre las cuales se ejercen las atribuciones, son atribuidas en forma exclusiva a los órganos del poder público. En algunos casos, sí son materias de la competencia exclusiva de los distintos niveles territoriales, en otros, son materias de competencias concurrentes, en otros, se trata de materias de competencia residual[6].

A continuación, analizaremos separadamente las competencias de los niveles territoriales del poder público (poder nacional, poder estadal, poder municipal), en el sentido de las *materias* sobre las cuales sus órganos ejercen sus atribuciones, distinguiendo las materias de competencia exclusiva, concurrente y residual[7].

I. LAS MATERIAS DE COMPETENCIA EXCLUSIVA EN LOS TRES NIVELES TERRITORIALES

Las materias de la competencia exclusiva, como su nombre lo indica, son las atribuidas a cada uno de los niveles territoriales del poder público para ser ejercidas por sus órganos constitucionales en forma exclusiva y excluyente respecto de otros órganos del poder público.

1. *Las materias de la competencia exclusiva de los órganos del poder público nacional*

En la misma tradición del artículo 136 C. de 1961, el artículo 156 C. de 1999 enumera un conjunto de materias de la competencia del poder nacional. En algunos casos, la enunciación de la "materia" de la competencia exclusiva se hace con carácter global, abarcando toda la materia; en otros casos, la indicación de la materia se hace atribuyendo al poder nacional sólo un aspecto de la misma.

A. *Las materias relativas al régimen político y a la organización del estado nacional*

a. *Las relaciones internacionales*

Corresponde al poder nacional, conforme al art. 156.1 C., "La política y la actuación internacional de la República" (art. 152 y ss. C.). Adicionalmente se debe agregar la competencia para la aprobación y ratificación de los tratados internacionales (art. 154 C.).

---

6 Para esta sistematización seguimos lo que hemos expuesto en el libro ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999,* cit., pp. 46 y ss.

7 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "La distribución territorial de competencias en la federación venezolana" en *Revista de Estudios de Administración Local. Homenaje a Sebastián Martín Retortillo,* n.º 291, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2003, pp. 163-200; íd., "Consideraciones sobre el régimen de distribución de competencias del poder público en la Constitución de 1999", en *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, vol. I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 107-138. Cfr. además, TULIO ÁLVAREZ A., "Distribución de competencias del poder público", *Revista de Derecho Público*, n.º 49, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1992, pp. 95-108.

b. *Las cuestiones de seguridad y defensa*

El mismo artículo 156 C. atribuye al poder nacional, competencia en materia de la defensa y suprema vigilancia de los intereses generales de la República, la conservación de la paz pública y la recta aplicación de la ley en todo el territorio nacional (ord. 2.º); la seguridad, la defensa y el desarrollo nacional (ord 7.º , arts. 326 y ss. C.); la organización y régimen de la Fuerza Armada Nacional (ord. 8.º, arts. 328 y ss. C.) y el manejo de la política de fronteras con una visión integral del país, que permita la presencia de la venezolanidad y el mantenimiento territorial y la soberanía en esos espacios (ord. 30.º, arts. 15 y 327 C.).

c. *El régimen de los símbolos patrios*

El artículo 156.3 C. atribuye al poder nacional, competencia en materia de "La bandera, escudo de armas, himno, fiestas, condecoraciones y honores de carácter nacional" (art. 8 C.).

d. *El estatuto de las personas*

El artículo 156 C. atribuye al poder nacional competencia en materia de naturalización, admisión, extradición y expulsión de extranjeros (ord. 4.º, art. 38 C.); y de los servicios de identificación (ord. 5.º)

e. *El régimen de la división territorial*

El artículo 156.10 C. atribuye al poder nacional competencia para "La organización y régimen del Distrito Capital y de las dependencias federales (arts. 17 y 18 C.). Adicionalmente, conforme al artículo 16 C., también corresponde al poder nacional la división político territorial de la República, la creación y régimen de los territorios federales y el régimen municipal (art. 169 C.). Por tanto, el establecimiento de la división del territorio en estados corresponde al legislador nacional.

f. *El régimen de los poderes públicos nacionales*

El mismo artículo 156.31 C. atribuye al poder nacional competencia para "La organización y administración nacional de la justicia, el ministerio Público y el Defensor del Pueblo". Además, corresponde al poder nacional la legislación sobre la organización y funcionamiento de todos los órganos del poder público nacional y de los demás órganos e instituciones nacionales del Estado (ord. 32).

En virtud de esta competencia nacional, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha declarado la nulidad por inconstitucionalidad de disposiciones de Constituciones estadales en las cuales se han regulado figuras organizativas de Defensor del ciudadano, de los derechos o del pueblo de los estados. En efecto, en sentencia 1395 del 7 de agosto de 2001 (caso Fiscal General de la República vs. Asamblea Legislativa del Estado Aragua), al constatar que la Constitución del Estado Aragua había creado la figura del Defensor del Pueblo de Aragua, para la defensa de los derechos fundamentales y las libertades públicas del individuo, atribuyéndole funciones para "promover la observancia de los derechos humanos en el Estado", señaló lo en el marco de la Constitución de 1961, tales competencias se encontraban consagradas en favor de un órgano con competencia nacional como lo era el ministerio público, y que adicionalmente la Constitución de 1999 creó a la Defensoría del Pueblo como un órgano de carácter nacional, que forma parte del poder ciudadano, al cual asignó en virtud de lo dispuesto en los numerales 1.º, 2.º y 4.º del artículo 281 C. entre otras competencias, velar por el efectivo respeto y garantía de los derechos humanos, investigando de oficio o a instancia de parte las denuncias que lleguen a su conocimiento; velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos o difusos de las personas, e instar al Fiscal General de

la República para que intente las acciones o recursos a que hubiere lugar contra los funcionarios públicos o funcionarias públicas, responsables de la violación o menoscabo de los derechos humanos; concluyendo que "algunas de las funciones que antes tenía atribuidas el ministerio público, hoy corresponden a la Defensoría del Pueblo, como órgano del poder ciudadano llamado a velar por el efectivo respeto y garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos", por lo cual:

Producto del examen de las normas constitucionales antes citadas, en comparación con las previstas en la Constitución del Estado Aragua, resulta claro para esta Sala, en primer lugar, la similitud que existe entre algunas de las funciones que antes atribuía la Constitución de 1961 al ministerio público -que hoy día asigna la nueva Constitución a la Defensoría del Pueblo-, y las que le atribuye el artículo 56 Constitución del Estado Aragua al Defensor del Pueblo de Aragua; y en segundo término, que la competencia para legislar y determinar el funcionamiento de las distintas ramas del poder público nacional corresponde al legislativo nacional, representado actualmente por la Asamblea Nacional, y que la competencia atribuida a los estados para la organización de los poderes públicos debe ser ejercida de acuerdo a lo previsto en la Constitución. Por ello, estima esta Sala Constitucional, que la atribución por parte de la entonces Asamblea Legislativa estadal al Defensor del Pueblo del Estado Aragua, de competencias tan similares a las que constitucionalmente estaban asignadas a un órgano del poder público nacional como lo era el ministerio público, hoy a la Defensoría del Pueblo, resulta contrario a lo previsto en el Texto Fundamental[8].

B. *Las materias relativas a la policía nacional y seguridad ciudadana*

a. *La policía nacional*

El artículo 156.6 C. atribuye competencia exclusiva al poder nacional en materia de "policía nacional", lo que implica que no toda la materia relativa a la policía que regula la Constitución (art. 332) corresponde al poder nacional. Se trata de una materia distribuida entre los diversos niveles territoriales. Sin embargo, lo que es materia de competencia exclusiva del poder nacional es la *policía nacional.*

b. *El régimen de la administración de riesgos y emergencias*

El artículo 156.9.º C. atribuye al poder nacional competencia en materia de régimen de la administración de riesgos y emergencias, como parte de la función de seguridad ciudadana que regula la Constitución (arts. 52 y 332 C.).

Lo que se atribuye al poder nacional como competencia exclusiva en esta materia, es el "régimen" y la creación de "un cuerpo de bomberos y administración de emergencias de carácter civil" y "una organización de protección civil y administración de desastres" (art. 332 C.), existiendo otros aspectos que son de la competencia concurrente con los estados y municipios.

C. *Las materias relativas al régimen económico*

a. *El régimen general de la economía*

De acuerdo con el artículo 156, se atribuye al poder nacional competencia en las siguientes materias que corresponden al régimen económico general: la regulación de la banca central, del sistema monetario, de la moneda extranjera, del sistema financiero y del

---

8 Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 85-88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 195. En sentido similar, véase sentencia 3255 de 18 de noviembre de 2003 de la misma Sala, caso Impugnación de varios artículos de la Constitución del Estado Miranda, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 314 y 317.

mercado de capitales; la emisión y acuñación de moneda (ord. 11); el régimen del comercio exterior y la organización y régimen de las aduanas (ord. 15)[9]; el régimen de metrología legal y control de calidad (ord. 17); los censos y estadísticas nacionales (ord. 18), y las políticas macroeconómicas, financieras y fiscales de la República (ord. 21). Además, corresponde al poder nacional la legislación antimonopolio (art. 113 C.) y la que regule los ilícitos económicos (art. 114 C.).

b. *El régimen del correo y las telecomunicaciones*

El mismo artículo 156.28 le atribuye al poder nacional, competencia en materia del régimen de servicio de correo y de las telecomunicaciones, así como el régimen y la administración del espectro electromagnético.

c. *Régimen y administración de las minas*

El artículo 156.16 C. atribuye al poder nacional competencia en materia del régimen y administración de las minas e hidrocarburos. La materia minera, sin embargo, también está atribuida a los estados, en relación con el régimen y administración de minerales no metálicos y las salinas de conformidad con la ley" (art. 164.5 C.).

d. *El régimen de las tierras baldías*

El poder nacional tiene competencia en materia de "régimen de las tierras baldías" (art. 156.16 C.). La Constitución, por otra parte, atribuye a los estados "la administración de las tierras baldías en su jurisdicción, de conformidad con la ley" (art. 164.5), las cuales, sin embargo, han sido declaradas como del dominio público por la Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola.

e. *Los recursos naturales renovables*

El artículo 156.16 C. asigna al poder nacional competencia en materia de "la conservación, fomento y aprovechamiento de los bosques, suelos, aguas y otras riquezas naturales del país". Por su parte, el artículo 164,5 C. atribuye a los estados competencias sobre "los ostrales de conformidad con la ley".

f. *La ordenación nacional del ambiente y de la ocupación del territorio*

El artículo 156 C. atribuye como competencia exclusiva del poder nacional "las políticas *nacionales* y la legislación en materia de ambiente, aguas y ordenación del territorio" (ord. 23); y "la legislación sobre ordenación urbanística" (ord. 19). Las políticas estadales y municipales en esas materias, por tanto, corresponden a los estados y municipios.

g. *Las obras de infraestructura*

a'. *La ordenación normativa de las obras de infraestructura*

Corresponde en forma exclusiva al poder nacional regular el sistema normativo de las obras de infraestructura, para lo cual el artículo 156.19 C. le asigna competencia para el establecimiento, coordinación y unificación de normas y procedimientos técnicos para obras de ingeniería, de arquitectura y de urbanismo. Además, corresponde al poder nacional la competencia para establecer "el régimen de los puertos, aeropuertos y su infraestructura" (art. 156.26 C.).

---

9 Sobre el régimen nacional de las aduanas, véase la sentencia 473 de 25 de marzo de 2003 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, caso Distribuidora Samtronic de Venezuela C.A. *vs.* Samsung Electronics Latinoamérica (Zona Libre), C.A) en *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 243 y ss

b'. *Las obras públicas nacionales*

En materia de obras públicas, la Constitución asigna competencia exclusiva al poder nacional en materia de "obras públicas de interés nacional" (art. 156.20 C.), por lo que la competencia en materia de obras públicas estadales y municipales corresponde, respectivamente, a los estados y municipios.

c'. *La vialidad nacional*

Conforme al artículo 156.27 C., corresponde en forma exclusiva al poder nacional el sistema de vialidad y de ferrocarriles nacionales. Lo que se reserva al poder nacional no es la vialidad, sino el sistema (se entiende, nacional) de vialidad nacional. Por ello los estados y municipios, tienen competencia en materia de vialidad estadal y municipal.

h. *El transporte nacional*

El artículo 156.26 C. atribuye competencia exclusiva al poder nacional, en materia del régimen de la navegación y del transporte aéreo, terrestre, marítimo fluvial y lacustre, de carácter *nacional;* y el ord. 27 del mismo artículo, además, atribuye al poder nacional competencia en materia de "ferrocarriles nacionales".

En consecuencia, también puede haber transporte estadal y municipal, cuyo régimen compete a estados y municipios. Sin embargo, sólo compete al poder nacional "las políticas nacionales y la legislación en materia naviera" (art. 156.23 C.), lo que no excluye que pueda haber políticas estadales y municipales en esa materia.

i. *La política nacional y la ordenación normativa del turismo*

El 156.23 C. atribuye al poder nacional competencia en materia de "las políticas nacionales y la legislación en materia de turismo"; lo que no excluye las competencias de los estados y municipios en las políticas estadales y municipales de turismo.

j. *Las políticas nacionales para la producción agropecuaria*

Corresponde a la competencia del poder nacional, conforme al artículo 156.25 C., las políticas *nacionales* para la producción agrícola, ganadera, pesquera y forestal. El ordinal 23 del mismo artículo, además, atribuye al poder nacional "las políticas nacionales y la legislación en materia de seguridad alimentaria".

En consecuencia, sólo se reservan al poder nacional las políticas nacionales en esta materia, lo que permite el desarrollo por los estados y municipios, de políticas estadales y municipales en la misma materia.

k. *El régimen general de los servicios públicos domiciliarios*

El artículo 156.29 C. atribuye al poder nacional competencia en materia del régimen general de los servicios públicos domiciliarios y en especial, electricidad, agua potable y gas. La exclusividad de la competencia nacional en esta materia sólo se refiere al "régimen general" de los servicios, pero no al régimen particular y la prestación que puede corresponder a los estados (art. 164.8) y municipios (178.6). Con base en esta norma, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, sin embargo, ha interpretado que el régimen tarifario de dichos servicios públicos domiciliarios es de la competencia nacional, en el sentido de que "una de las competencias nacionales que están legalmente reconocidas al poder nacional, es la potestad de regulación de la contraprestación de aquellas actividades económicas que están sometidas a la ordenación municipal".[10]

---

[10] Véase la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2001, caso Fernando Chumaceiro, citada y ratificada en sentencia 2641 del 1.º de octubre de 2003, caso Impugnación de varios artícu-

D. *Las materias relativas al régimen del desarrollo social*

a. *El régimen de la seguridad social*

El artículo 156.22 C. establece en general que corresponde al poder nacional, el régimen y organización del sistema de seguridad social. Con fundamento en esta competencia del poder nacional, la Sala Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de ordenanzas municipales que han regulado el régimen de pensiones de funcionarios, para lo cual dejó "claramente sentado que, en efecto, la competencia para legislar sobre el régimen de la seguridad social en general, sea o no funcionarial, corresponde en exclusiva al poder nacional, en atención a lo dispuesto en los artículos 86, 147, 156.22, 156.32, 187.1 del Texto Fundamental vigente, con lo que resulta inconstitucional que estados o municipios dicten leyes y ordenanzas en esa materia"[11].

b. *Régimen nacional de la vivienda*

Corresponde al poder público nacional competencia en materia de "las políticas nacionales y la legislación en materia de vivienda" (art. 156.23 C.), lo que no excluye las competencias estadales y municipales en materia de política de vivienda.

c. *La política relativa a los servicios públicos nacionales de educación y salud*

El artículo 156.23 C. atribuye al poder nacional competencia en materia de "las políticas nacionales y la legislación en materia de sanidad"; y el ordinal 24 de la misma norma, le atribuye competencia en cuanto a las políticas y los servicios nacionales de educación y salud.

d. *Las competencias tributarias nacionales y la regulación del régimen tributario estadal y municipal*

La Constitución de 1999 siguió la tendencia constitucional anterior de vaciar a los estados de competencias tributarias, y centralizó aún más el Estado al atribuir al poder nacional potestad para regular y limitar el ejercicio de sus competencias por los estados y municipios, lo que constituye una contradicción con la declaración de los estados y municipios como entidades autónomas (art. 159 y 168).

El artículo 156.12 C. define el ámbito de la competencia exclusiva del poder nacional en relación con la potestad tributaria, y establece cuáles son los tributos nacionales, así:

La creación, organización, recaudación, administración y control de los impuestos sobre la renta, sobre sucesiones, donaciones y demás ramos conexos, el capital, la produc-

---

los de la ordenanza sobre Prestación de Servicios de Estacionamiento, Guarda y Custodia de Vehículos Automotores del municipio Turístico el Morro Licenciado Diego Bautista Urbaneja, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 333 y ss.

11 Véanse las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo 819/2002, 2724/2001 y 835/2000), citadas y ratificadas en sentencia 3347 del 3 de diciembre de 2003, caso Impugnación de la ordenanza sobre Pensiones y Jubilaciones del municipio José Antonio Páez del Estado Yaracuy, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 237 y ss En particular, en sentencia 359 del 11 de mayo de 2000 la misma Sala señaló: "De acuerdo con las citadas disposiciones constitucionales, a la Asamblea Nacional en representación del poder nacional, le corresponde la potestad de legislar en materia de previsión y seguridad social, uno de cuyos aspectos es la jubilación del funcionario público. Y sobre esta base, las jubilaciones y pensiones de los funcionarios y empleados públicos, sean estos funcionarios de carrera o de elección; pertenecientes bien al poder ejecutivo, legislativo, judicial, ciudadano o electoral, forman parte de los sistemas de previsión y seguridad social, materia ésta sobre la cual la Asamblea Nacional tiene potestad genérica de legislar por disposición expresa de las normas señaladas", *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 313.

ción, el valor agregado, los hidrocarburos y minas, de los gravámenes a la importación y exportación de bienes y servicios, los impuestos que recaigan sobre el consumo de licores, alcoholes y demás especies alcohólicas, cigarrillos y demás manufacturas del tabaco, y los demás impuestos, tasas y rentas no atribuidas a los estados y municipios por esta Constitución y la ley.

Se destaca, de esta norma, la asignación de competencia *residual* a favor del poder nacional, en toda materia tributaria no atribuida por la Constitución y la ley a los estados y municipios, con lo cual se restringió aún más en esta materia, la competencia tributaria estadal. En consecuencia, los impuestos al consumo, otrora competencia residual de los estados, pasaron a ser de la competencia nacional. En tal virtud, la Sala Constitucional, por ejemplo, declaró la nulidad por inconstitucionalidad de una ordenanza municipal sobre contribución por consumo de cerveza con contenido alcohólico[12].

Además, corresponde al poder nacional, conforme al mismo artículo 156.14 C., la creación y organización de impuestos territoriales o sobre predios rurales y sobre transacciones inmobiliarias, cuya recaudación y control corresponda a los municipios, de conformidad con la Constitución. Los municipios, en efecto, conforme al art. 179.3 C.tienen entre sus ingresos "El impuesto territorial rural o sobre predios rurales, la participación en la contribución de mejoras y otros ramos tributarios nacionales o estadales, conforme a las leyes de creación de dichos tributos".

Pero además de estas competencias tributarias propias, como se ha señalado, la Constitución asigna al poder nacional competencia expresa para intervenir en el ejercicio de las competencias tributarias de estados y municipios, al disponer, el artículo 156.13 C., la competencia del poder nacional para dictar:

La legislación para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias, definir principios, parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estadales y municipales, así como para crear fondos específicos que aseguren la solidaridad interterritorial.

Además, corresponde al poder nacional, mediante ley, regular la participación de los estados en los tributos nacionales (arts. 164.3 y 167.6 C.) y asignar a los estados impuestos, tasas y contribuciones especiales con el fin de promover el desarrollo de las haciendas públicas estadales (art. 167.5 C.). En este último caso, de leyes que creen o transfieran ramos tributarios a favor de los estados, las mismas podrán compensar dichas asignaciones con modificaciones de los ramos de ingresos de los estados, a fin de preservar la equidad interterritorial (art. 167.5 C.).

En todos estos casos de leyes nacionales que se refieren a los estados, la Asamblea Nacional está obligada a consultarlos a través de los consejos legislativos estadales, antes de la sanción de las mismas (art. 206). Ello implica que también los estados y municipios tienen competencia en materia de políticas y servicios estadales y municipales de educación y salud.

e. *La competencia en materia de legislación general*

De acuerdo con el artículo 156,32 C. el poder nacional además de las competencias legislativas que tiene respecto de las materias que se le atribuyen, tiene además las siguientes competencias generales de legislación:

---

[12] Véase la sentencia 670 de 06 de julio de 2000 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, *Revista de Derecho Público*, n.º 83, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 197 y ss.

La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarías y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del poder público nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional.

Al tratarse de legislación que se refiere al régimen civil de propiedad sobre bienes, también compete al poder nacional la legislación sobre el dominio público de las costas (art. 12), las aguas (art. 304) y las riquezas del subsuelo (art. 12).

Con fundamento en estas competencias nacionales, por ejemplo, la sala Constitucional del Tribunal Supremo ha anulado ordenanzas y actos administrativos municipales que han pretendido regular en alguna forma tipos penales[13], las loterías[14] o los bancos[15].

2. *Las materias de la competencia exclusiva del poder público estadal*

Al contrario de lo que sucede con el artículo 156 C. relativo a las materias de la competencia del poder nacional, antes analizado, el artículo 164 del mismo texto cuando enumera la competencia *exclusiva* de los estados, mezcla *atribuciones* con *materias* sobre las cuales se ejercen las mismas.

En efecto, los ordinales 1.º, 2.º y 3.º del artículo 164 en realidad lo que definen son *atribuciones* generales exclusivas de los órganos de los poderes públicos estadales, que en particular corresponden a los consejos legislativos y al gobernador de cada estado, así:

1. Dictar su Constitución para organizar los poderes públicos.

2. La organización de sus municipios y demás entidades locales y su división política territorial, conforme a esta Constitución y a la ley.

3. La administración de sus bienes y la inversión y administración de sus recursos, incluso de los provenientes de transferencias, subvenciones o asignaciones especiales del poder nacional, así como de aquellos que se les asignan como participación en los tributos nacionales

Sin embargo, a pesar de que estas se califican como atribuciones exclusivas, la propia Constitución las limita, al atribuir al poder nacional, por ejemplo, competencia para que la Asamblea Nacional pueda regular por ley, la organización y funcionamiento de los consejos legislativos estadales o el nombramiento de los contralores estadales, que integran los poderes públicos de los estados los cuales sólo deberían estar regulados en las Constituciones de los estados (art. 164. 1 C.) (*Cuarta parte § 12*).

---

13 Véase la sentencia 195 de 4 de abril de 2000 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 341 y ss.

14 Véase las sentencias 1535 del 10 de junio de 2003 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, caso Impugnación de la ordenanza sobre Juegos y Apuestas Lícitas del concejo municipal del Municipio Junín del Estado Táchira, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 233 y ss.; y 886 del 13 de mayo de 2004, caso Impugnación de la ordenanza de Impuestos sobre Juegos y Apuestas dictada por el Municipio Iribarren del Estado Lara, *Revista de Derecho Público*, n.º 97 a 98, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, pp. 201 y ss.

15 Véase la sentencia 1237 de 30 de mayo de 2000 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, caso Banco Venezolano de Crédito S.A.C.A. *vs.* Alcaldía del Municipio Sucre del Estado Miranda, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 339 y ss.

Ahora bien, en relación con las *materias* de la competencia exclusiva de los estados enumerados en el artículo 164 C. las mismas, en general, pueden considerarse como de competencia exclusiva parcial, pues otros aspectos de las mismas materias se asignan a otros órganos del poder público.

A. *La policía estadal y el ámbito de la policía municipal*

Conforme a dicho artículo 164.6 C., los estados tienen como materia de la competencia exclusiva para la organización de la policía y la determinación de las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal, conforme a la legislación nacional aplicable. Esta competencia exclusiva, sin embargo, como lo dispone la norma, debe ejercerse por los estados "conforme a la legislación nacional aplicable", lo que implica una sujeción al régimen general de la policía que establezca el poder nacional.

B. *Competencias en materia económica*

a. *El régimen de los minerales no metálicos y las salinas*

El artículo 164.5 C. asigna competencia a los estados en cuanto al régimen y aprovechamiento de minerales no metálicos, no reservados al poder nacional, las salinas, de conformidad con la ley. Esta materia de la competencia exclusiva se había transferido a los estados por el art. 11.2 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del poder público de 1989[16].

Ahora bien, en cuanto a su ejercicio, en todo caso, queda sujeta al régimen general que el poder nacional puede establecer sobre "las minas e hidrocarburos y otras riquezas naturales del país" (art. 156.16 C.).

b. *La administración de las tierras baldías*

El artículo 164.5 C. asigna a los estados competencia para "la administración de las tierras baldías en su jurisdicción". Esta competencia, sin embargo, debe ejercerse conforme al régimen de las tierras baldías que establezca el poder nacional (art. 156.16 C.). En todo caso, conforme a la Disposición transitoria décimo primera de la Constitución, "hasta tanto se dicte la legislación nacional relativa al régimen de las tierras baldías, la administración de las mismas continuará siendo ejercida por el poder nacional, conforme a la legislación vigente".

c. *Los ostrales*

Los estados tienen competencia en relación con "los ostrales de conformidad con la ley" (art. 164.5 C.). Por supuesto, correspondiendo al poder nacional la competencia general respecto de "la conservación, fomento y aprovechamiento de los bosques, suelos, aguas y otras riquezas naturales del país" (art. 156.16 C.), los estados están sujetos a esa regulación general al ejercer su competencia en relación con los ostrales.

d. *Las obras públicas estadales*

Al atribuirse al poder nacional competencia exclusiva en materia de obras públicas nacionales (art. 156.20 C.), corresponde a los estados la competencia exclusiva en materia de obras públicas estadales.

---

16 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 4.153 Extra. del 28 de diciembre de 1998.

e. *Los servicios públicos estadales*

El artículo 164.8 C. atribuye a los estados competencia exclusiva para la creación, régimen y organización de los servicios públicos estadales. En ninguna norma constitucional, sin embargo, se atribuye a los estados competencias en materia de servicios públicos específicos, por lo que esta materia, en realidad, se configura como una materia de la competencia concurrente con otros niveles del poder público, como las referidas a los servicios de salud, educativos o de deportes, por ejemplo. En todo caso, la competencia estadal en materia de servicios públicos se corrobora por lo dispuesto en el artículo 184 C.

f. *La vialidad estadal*

La Constitución atribuye a los estados competencia exclusiva para la ejecución, conservación, administración y aprovechamiento de las vías terrestres estadales (art. 164.9). Estas vías terrestres estadales son "las que conforman la red vial dentro del territorio de cada Estado, con exclusión de las vías de comunicación nacionales que se encuentren en el mismo y de las vías urbanas municipales", tal como las definió el artículo 6.º del Reglamento Parcial nº 7 LOD, en materia de vialidad terrestre[17]; siendo vías de comunicación nacionales, "las carreteras que atraviesan un Estado y salgan de sus límites" (art. 4.1).

La precisión del ámbito de la materia objeto de esta competencia exclusiva es esencial, ya que el artículo 156.27 asigna al poder nacional competencia en cuanto al "sistema de vialidad y de ferrocarriles nacionales", y el artículo 178.2 atribuye a los municipios competencia en materia de "vialidad urbana".

g. *La administración de la vialidad nacional*

Siguiendo la decisión adoptada en el artículo 11.3 LOD, el artículo 164.10 C. asigna competencia exclusiva a los estados en materia de conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales en coordinación con el poder nacional.

Esta competencia, por supuesto no sólo está sujeta al ejercicio de la competencia nacional en materia de "sistema de vialidad y ferrocarriles nacionales" (art. 156.27 C.) sino a "la coordinación con el poder nacional" que este debe regular.

h. *Administración de puertos y aeropuertos comerciales*

La Constitución, siguiendo la descentralización de competencia efectuada a favor de los estados por el artículo 11.5 LOD, también asigna competencia exclusiva a los estados en materia de conservación, administración y aprovechamiento de puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el poder nacional".

En esta materia, sin embargo, la competencia estadal es de ejercicio parcial, pues el poder nacional tiene competencia en materia del régimen de los puertos, aeropuertos y su infraestructura (art. 156.26 C.) y en todo caso, la competencia estadal debe ejercerse "en coordinación con el poder nacional" conforme al régimen establecido en la legislación nacional.

C. *Los tributos estadales*

El artículo 164.4 asigna competencia exclusiva a los estados en materia de organización, recaudación, control y administración de los recursos tributarios propios, según las disposiciones de las leyes nacionales y estadales.

---

17 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 35.327 del 28 de octubre de 1993.

Esta competencia "exclusiva", sin embargo, conforme a la Constitución, es una competencia vacía de contenido ya que la propia Constitución no prevé "recursos tributarios propios" algunos de los estados. Esos recursos dependen totalmente de la ley nacional que asigne a los estados impuestos, tasas y contribuciones especiales "para promover el desarrollo de las haciendas públicas estadales" (art. 167.5 C.). En consecuencia, no sólo la materia tributaria como competencia exclusiva es una competencia vacía en la Constitución, sino que su ejercicio depende íntegramente de la ley nacional.

En todo caso, la única competencia en relación con los tributos que se asigna directamente a los estados, en forma exclusiva, es la creación, organización, recaudación, control y administración de los ramos de papel sellado, timbres y estampillas (art. 164.7 C.). En tal sentido, se declaran como ingresos estadales el producto de lo recaudado por venta de especies fiscales (art. 167.3 C.). Sin embargo, debe destacarse que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia del 13 de diciembre de 2000 dictada con motivo de la interpretación de la Ley especial sobre el Distrito Metropolitano de Caracas sobre este ramo fiscal, ha señalado que la venta de especies fiscales es sólo "una forma de pago de los tributos" que puede ser explotado por cualquier ente público territorial para pechar los servicios que presta[18].

Del resto, los estados no tienen otras competencias tributarias que las que puedan serles asignadas expresamente por ley *nacional*. Así, el artículo 167.5 C. le atribuye a los estados, como ingresos, los demás impuestos, tasas y contribuciones especiales que se le asignen por ley nacional, con el fin de promover el desarrollo de las haciendas públicas estadales; pudiendo la ley nacional, además asignar a los estados participación en los tributos nacionales (art. 164.3 y 167.6).

Los estados, sin embargo, conforme al artículo 183 C. en ningún caso pueden crear aduanas ni impuestos de importación, de exportación o de tránsito sobre bienes nacionales o extranjeros, o sobre las demás materias rentísticas de la competencia nacional; gravar bienes de consumo antes de que entren en circulación dentro de su territorio; ni prohibir el consumo de bienes producidos fuera de su territorio, ni gravarlos en forma diferente a los producidos en él.

Los estados, además, sólo podrían gravar la agricultura, la cría, la pesca y la actividad forestal en la oportunidad, forma y medida que lo permita la ley nacional.

3. *Las materias de la competencia exclusiva del poder municipal*

A. *Las materias de la competencia exclusiva del poder municipal en cuanto concierne a la vida local*

El artículo 178 C. contiene una larga enumeración de materias que se atribuyen a los municipios. Sin embargo, puede decirse que las mismas no son, en absoluto, materias de la competencia exclusiva de los mismos. Lo que es exclusivo de los municipios son los aspectos de esas materias que *"conciernen a la vida local"*, pero las materias, en sí mismas, abarcan competencias atribuidas al poder nacional y al poder estadal (*cuarta parte § 15*). Por ello, fue la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal la que precisó los aspectos de las materias que conciernen a la vida local y que eran de la competencia exclusiva de los

[18] Véase sentencia 1563 del 13 de diciembre de 2000, pp. 55 de 61 y 56 de 61 (del texto original), *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 184 y ss.

municipios[19]; lo que ha hecho de nuevo, pero con mayor precisión, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2005 (art. 56), dado lo extenso de las regulaciones constitucionales en la materia.

En consecuencia, puede decirse que conforme al artículo 178 C., es competencia exclusiva de los municipios "el gobierno y administración de sus intereses y la gestión de las materias que le asigne esta Constitución y las leyes nacionales, *en cuanto concierne a la vida local*", en particular, en relación con la ordenación y promoción del desarrollo económico y social; la promoción de la participación y el mejoramiento, en general de las condiciones de vida de la comunidad; la dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios, en particular, los servicios de agua potable, electricidad y gas doméstico, alcantarillado, canalización y disposición de aguas servidas; aseo urbano y domiciliario, comprendidos los servicios de limpieza, de recolección y tratamiento de residuos (Encabezamiento y ords. 2º , 4º y 6º); la ordenación territorial y urbanística (ord. 1º); el patrimonio histórico (ord. 1º); la vivienda de interés social y aplicación de la política referente a la materia inquilinaria "con criterios de equidad, justicia y contenido de interés social de conformidad con la delegación prevista en la ley que rige la materia" (ord. 1º); el turismo local (ord. 1.º); los parques y jardines, plazas, balnearios y otros sitios de recreación (ord. 1.º); la arquitectura civil, nomenclatura y ornato público (ord. 2.º); la vialidad urbana (ord. 2.º); la circulación y ordenación del tránsito de vehículos y personas por vías municipales (ord. 2.º); los servicios de transporte público urbano de pasajeros (ord. 2.º); los espectáculos públicos (ord. 3.º); la publicidad comercial, en cuanto concierne a los intereses y fines específicos municipales (ord.3.º); la protección del ambiente y cooperación con el saneamiento ambiental (ord. 4.º); la protección civil, prevención y protección vecinal y servicios de policía municipal, conforme a la legislación nacional aplicable, y servicios de prevención y protección vigilancia y control de los bienes y las actividades relativas a las materias de la competencia municipal; (ords. 4.º, 5.º y 6.º); la salubridad y atención primaria a la salud (ord. 5.º); los servicios de protección a la primera y segunda infancia, a la adolescencia y a la tercera edad (ord. 5.º); la educación preescolar (ord. 5.º); los servicios de integración familiar de la persona con discapacidad al desarrollo comunitario (ord. 5.º); las actividades e instalaciones culturales (ord. 5.º); las actividades deportivas (ord. 5.º); los cementerios y servicios funerarios (ord. 6.º) y la justicia de paz (ord. 7.º). A este listado debe agregarse la competencia municipal en materia de "obras públicas municipales" dado que el artículo 156.20 C. atribuye al poder nacional competencia exclusiva en materia de obras públicas *nacionales.*

Los municipios, en consecuencia, tienen competencia exclusiva en relación con las anteriores materias, pero *sólo en cuanto concierne a la vida local,* ya que la gran mayoría de las mismas se configuran como materias de la competencia concurrente. En realidad, sólo pueden identificarse como materias de la competencia exclusiva global del poder municipal, las relativas a los espectáculos públicos (ord. 3.º) y los cementerios y servicios funerarios (ord. 6.º).

Sin embargo, a pesar de la exclusividad, la autonomía municipal en cuanto al ejercicio de las competencias municipales queda sujeta, en general, a las limitaciones que establezca la ley nacional (art. 168), lo que es una negación de la propia autonomía.

---

19 Cfr. en relación con la Ley de 1989, ANA ELVIRA ARAUJO GARCÍA, "Las competencias municipales y la nueva Ley Orgánica de Régimen Municipal", *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet,* t. I, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, pp. 265-291.

B. *Las competencias tributarias municipales*

De acuerdo con el artículo 171 C., los municipios tienen los siguientes ingresos tributarios:

En *primer lugar*, los impuestos sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar, con las limitaciones establecidas en la Constitución (art. 179.2 C.). De acuerdo con el artículo 207 LOPPM de 2005[20] (LOPPM), el el hecho imponible de este impuesto es el ejercicio habitual, en la jurisdicción del Municipio, de cualquier actividad lucrativa de carácter independiente, aún cuando dicha actividad se realice sin la previa obtención de licencia, sin menoscabo de las sanciones que por esa razón sean aplicables. El comercio eventual o ambulante también estará sujeto al impuesto sobre actividades económicas. Aclara el artículo 208 LOPPM, que este impuesto es distinto a los tributos que corresponden al poder nacional o estadal sobre la producción o el consumo específico de un bien, o al ejercicio de una actividad en particular y se causará con independencia de éstos. En estos casos, al establecer las alícuotas de su impuesto sobre actividades económicas, los municipios deben ponderar la incidencia del tributo nacional o estadal en la actividad económica de que se trate. En definitiva, este impuesto se causa con independencia de los tributos previstos en legislación general o la dictada por la Asamblea Nacional.

En *segundo lugar*, los impuestos sobre inmuebles urbanos, que conforme al artículo 176 LOPPM, recae sobre toda persona que tenga derechos de propiedad, u otros derechos reales, sobre bienes inmuebles urbanos ubicados en la jurisdicción municipal de que se trate o los beneficiarios de concesiones administrativas sobre los mismos bienes. A tal efecto, conforme al artículo 178 LOPPM, se consideran inmuebles urbanos: 1. El suelo urbano susceptible de urbanización, definiéndose como "suelo urbano" "los terrenos que dispongan de vías de comunicación, suministro de agua, servicio de disposición de aguas servidas, suministro de energía eléctrica y alumbrado público"; 2. Las construcciones ubicadas en suelo susceptible de urbanización, entendidas por tales los edificios o lugares para el resguardo de bienes y/o personas, cualesquiera sean los elementos de que estén constituidos, aun cuando por la forma de su construcción sean perfectamente transportables y aun cuando el terreno sobre el que se hallen situados no pertenezca al dueño de la construcción (se exceptúan los terrenos con vocación agrícola), y las instalaciones asimilables a los mismos, tales como diques, tanques, cargaderos y muelles. No se consideran inmuebles las maquinarias y demás bienes semejantes que se encuentran dentro de las edificaciones, aún y cuando estén de alguna manera adheridas a éstas.

De acuerdo con el artículo 177 LOPPM, la base imponible de este impuesto es el valor de los inmuebles, el cual se determina partiendo del valor catastral de los mimos, el cual se debe fijar tomando como referencia el precio corriente en el mercado, entendiéndose por tal el que normalmente se haya pagado por bienes de similares características en el mes anterior a aquél en el que proceda la valoración, según la ordenanza respectiva, siempre que sea consecuencia de una enajenación efectuada en condiciones de libre competencia entre un comprador y un vendedor no vinculados.

En *tercer lugar*, los impuestos sobre vehículos, el cual conforme al artículo 195 LOPPM, grava la propiedad de vehículos de tracción mecánica, cualesquiera sean su clase o categoría y sean propiedad de una persona natural residente o una persona jurídica domiciliada en el Municipio respectivo.

---

[20] Véase en *Gaceta Oficial* n.º 38.204 del 8 de junio de 2005.

En *cuarto lugar*, los impuestos sobre espectáculos públicos, mediante el cual se grava la adquisición de cualquier boleto, billete o instrumento similar que origine el derecho a presenciar un espectáculo en sitios públicos o en salas abiertas al público (LOPPM 199); impuesto que es pagado por el adquirente del respectivo billete o boleto de entrada en el momento de la adquisición (art. 200).

En *quinto lugar*, los impuestos sobre juegos y apuestas lícitas, que se causa al ser pactada una apuesta en jurisdicción del respectivo municipio. A tal efecto, el artículo 201 LOPPM entiende pactada la apuesta con la adquisición efectuada, al organizador del evento con motivo del cual se pacten o a algún intermediario, distribuidor o cualquier otro tipo de agente en la respectiva jurisdicción, de cupones, vales, billetes, boletos, cartones, formularios o instrumentos similares a éstos que permitan la participación en rifas, loterías o sorteos de dinero o de cualquier clase de bien, objeto o valores, organizados por entes públicos o privados. También se gravan con este impuesto las apuestas efectuadas mediante máquinas, monitores, computadoras y demás aparatos similares para juegos o apuestas que estén ubicados en la jurisdicción del municipio respectivo. El contribuyente de este impuesto es el apostador (art. 202 LOPPM); y conforme artículo 203 LOPPM, la base imponible del impuesto la constituye el valor de la apuesta, de manera que las ganancias derivadas de las apuestas sólo quedarán sujetas al pago de impuestos nacionales, de conformidad con la ley.

En *sexto lugar*, los impuestos sobre propaganda y publicidad comercial (art. 179.2 C.), mediante el cual, como lo establece el artículo 204 LOPPM, se grava todo aviso, anuncio o imagen que con fines publicitarios sea exhibido, proyectado o instalado en bienes del dominio público municipal o en inmuebles de propiedad privada siempre que sean visibles por el público, o que sea repartido de manera impresa en la vía pública o se traslade mediante vehículo, dentro de la respectiva jurisdicción municipal. A los efectos de este tributo, la Ley Orgánica entiende por propaganda comercial o publicidad todo aviso, anuncio o imagen dirigido a llamar la atención del público hacia un producto, persona o actividad específica, con fines comerciales (art. 205 LOPPM); siendo el anunciante el contribuyente de este tributo, es decir, la persona cuyo producto o actividad se beneficia con la publicidad (art. 206 LOPPM)

En *séptimo lugar*, el impuesto territorial rural o sobre predios rurales (art. 179. C. el cual debe ser creado y organizado por el poder nacional, correspondiendo la recaudación y control a los municipios (art. 156.4 C.; y art. 179 LOPPM).

En *octavo lugar*, el impuesto sobre transacciones inmobiliarias, el cual también debe ser creado y organizado por el poder nacional, correspondiendo la recaudación y control a los municipios (art. 156.14 C.; y art. 180 LOPPM).

En *noveno lugar*, la contribución especial sobre plusvalías de las propiedades generadas por cambios de uso o de intensidad de aprovechamiento con que se vean favorecidas por los planes de ordenación urbanística (art. 179.2 C.; y art. 181,1 LOPPM). Conforme al artículo 181 LOPPM, estas contribuciones pueden ser creadas mediante ordenanza "cuando sea acordado un cambio de uso o de intensidad de aprovechamiento o la realización de la obra o servicio que origine la mejora".

En cuanto a la contribución especial sobre plusvalía de las propiedades inmuebles originada por cambios de uso o de intensidad en el aprovechamiento, conforme al artículo 182 LOPPM, la misma se causa por el incremento en el valor de la propiedad como consecuencia de los cambios de uso o de intensidad de aprovechamiento previstos en los planes de ordenación urbanística con que esa propiedad resulte beneficiada. Esta contribución, que debe destinarse a la realización de las obras o prestación de los servicios urbanos que se determinen en la ordenanza, conforme al artículo 183, sólo puede crearse cuando el aumento del valor de las propiedades inmuebles sea igual o superior al 25% de su valor antes del

cambio de uso o de intensidad de aprovechamiento. A los fines de la determinación de la contribución, la Ley Orgánica dispone que se presume que todo cambio de uso o de intensidad de aprovechamiento produce en los bienes afectados, un aumento de valor de al menos un 25%; presunción que sin embargo, puede ser desvirtuada en el curso de los procedimientos que se establezcan para la determinación del monto de la contribución por los sujetos afectados. En todo caso, esta contribución especial no puede exceder de un 15% del monto total de la plusvalía que experimente cada inmueble (art. 184 LOPPM).

Y en *décimo lugar*, la participación en la contribución por mejoras (art. 179.3 C.; y art. 181.2 LOPPM), la cual conforme al artículo 183 LOPPM, se causa por la ejecución por parte del municipio o con su financiamiento de las obras públicas o prestación de un servicio público que sea de evidente interés para la comunidad, siempre que, como consecuencia de esas obras o servicios, resulten especialmente beneficiadas determinadas personas. El importe de esta contribución debe ser determinado por el concejo municipal en función del costo presupuestado de las obras o de los servicios pero no excederá, en ningún caso, del 50% del costo de las obras o servicios.

Por otra parte, el artículo 180 C. dispuso que la potestad tributaria que corresponde a los municipios "es distinta y autónoma de las potestades reguladoras que esta Constitución o las leyes atribuyan al poder nacional o estadal sobre determinadas materias o actividades", y además, que "las inmunidades frente a la potestad impositiva de los municipios, a favor de los demás entes político territoriales, se extiende sólo a las personas jurídicas estatales creadas por ellos, pero no a concesionarios ni a otros contratistas de la Administración nacional o de los estados". Con esta norma se persiguió, por una parte, deslindar de la materia tributaria las potestades reguladoras del poder nacional, en el sentido de que las actividades correspondientes a materias que puedan ser objeto de regulación por el poder nacional conforme al artículo 156 C., no por ello quedan exentas de tributación municipal; y por la otra, que la inmunidad tributaria de la República y de los estados respecto de la tributación municipal se extiende a las personas jurídicas estatales creadas por la República o por los estados, pero no respecto de las empresas concesionarias ni a otros contratistas de las administraciones nacional o estadal.

Por otra parte, los municipios están sometidos a las mismas limitaciones tributarias que los estados previstas en el artículo 183 C.; y la competencia tributaria municipal, en todo caso, puede ser limitada por el poder nacional, en la legislación que la Asamblea Nacional dicte para "garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias; definir principios, parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estadales y municipales; así como para crear fondos específicos que aseguren la solidaridad inter territorial" (art. 156.13 C.).

II. LAS COMPETENCIAS CONCURRENTES ENTRE LOS NIVELES TERRITORIALES DEL PODER PÚBLICO

La gran mayoría de las materias referidas a las competencias que, en los artículos 156, 164 y 178 C. se distribuyen entre los tres niveles territoriales del poder público en realidad, son materias de la competencia concurrente entre la República, los estados y los municipios, o entre la República y los municipios, o entre la República y los estados.

Estas materias objeto de competencias concurrentes son las que conforme al artículo 165 C. deben ser reguladas mediante *leyes de bases* dictadas por el poder nacional, lo que puede conducir a un condicionamiento excesivo por parte del poder nacional de los otros poderes territoriales; y además, por leyes de desarrollo sancionadas por los consejos legislativos de los estados.

En todo caso, es obvio que estas leyes de base no pueden referirse a las materias de la competencia exclusiva, global o parcial, que se asignan a los estados indicadas en el artículo 164 C., sino sólo a las materias de la competencia *concurrente*[21].

Sobre las leyes de bases, la Exposición de motivos de la Constitución indicó lo siguiente:

En cuanto a las competencias concurrentes se adopta la experiencia de Derecho Comparado en materia de descentralización y se asume que las leyes nacionales tienen la naturaleza de leyes bases, en las que se establecen conceptos generales, básicos y orientadores; y las leyes estadales son leyes de desarrollo de esos principios básicos, lo que permitirá mejores condiciones para la delimitación de competencias.

Por su parte, la Sala Constitucional al referirse al artículo 165 C., y en relación con las leyes de base, ha establecido lo siguiente:

De acuerdo con lo expuesto en la referida norma constitucional (artículo 165), y a diferencia de lo que ocurría durante la vigencia de la Constitución de la República de Venezuela de 1961 que únicamente contemplaba (como también lo hacía la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del poder público) la transferencia de competencias de la República a los estados o a los municipios, en la actualidad es posible que los consejos legislativos estadales dicten leyes de transferencia de competencias de los estados a los municipios, con el objeto de profundizar los objetivos que el artículo 158 de la Norma Fundamental encomienda a la política de descentralización, pero sujeto a las condiciones y dentro de los límites que impone el mismo precepto constitucional.

En efecto, para que los órganos legislativos de las entidades federales ejerzan conforme a la Constitución dicha competencia, es menester que se cumplan dos (2) condiciones indispensables, en tanto determinantes de la validez del acto de transferencia de competencias que pretenda realizarse: (i) que se haya dictado una ley nacional de delimitación de las competencias concurrentes entre los estados y los municipios, pues sólo dichas materias son susceptibles de ser descentralizadas mediante ley estadal de las entidades federales a las municipales, (ii) que la descentralización efectuada esté circunscrita a la prestación de servicios, sin que pueda extenderse a otro tipo de competencias, como son las vinculadas a la construcción de obras públicas, por ejemplo, y (iii) que los municipios a los cuales se transfiera la competencia para prestar determinado servicio, estén en capacidad de asumir tal obligación, más allá de la correspondiente transferencia de los recursos necesarios para cumplir con la misma…

Considera esta Sala que el único aparte de la norma citada [art. 165] debe interpretarse en coherencia con lo dispuesto por el encabezado de la misma y en armonía con la materia regulada por el Capítulo en el cual está inserta (Del poder público estadal), pues sólo así resulta comprensible por qué las competencias concurrentes entre los estados y los municipios deben estar previamente delimitadas en una ley de base nacional, y ello es así por que sólo el Órgano legislativo nacional tiene competencia para dictar leyes de base reguladoras (según los principios de interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad) de las competencias concurrentes, no sólo de la República con los estados y los municipios, sino también de las de estos últimos entre sí, siendo la existencia de un texto legal nacional que delimite las competencias concurrentes entre las entidades federales y municipales requisito indispensable para que pueda operar la descentralización (de los es-

21 Un ejemplo de estas leyes de bases es la Ley de residuos y desechos sólidos, *Gaceta Oficial* n.º 38.068 del 18 de noviembre de 2004.

tados a los municipios) prevista en el único aparte de la misma disposición constitucional, tal y como fue necesario bajo la vigencia de la Constitución de 1961 que se dictara la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del poder público de 1989 para que tuviera lugar la descentralización de la República a los estados[22].

En todo caso, la legislación sobre las materias de competencia concurrente debe estar orientada por los principios de interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad que ya se han comentado; y cuando se dicten leyes de bases por el poder nacional, la Asamblea Nacional obligatoriamente debe someterlas a consulta de los estados, a través de los consejos legislativos (art. 206 C.). Estos también tienen la iniciativa legislativa, ante la Asamblea Nacional, respecto de las leyes relativas a los estados (art. 204.8 C.).

1. *Antecedentes*

La noción de materia de la competencia concurrente entre las diversas entidades del Estado federal (República, estados y municipios) se elaboró a finales de la década de los setenta con motivo de la elaboración de los proyectos de Constitución de los estados Aragua y Yaracuy[23], para identificar lo que podían ser, en consecuencia, materias de la competencia de los estados, pero que no les correspondían en forma exclusiva, sino que en las mismas concurrían los diversos niveles político territoriales. En particular, las competencias concurrentes se identificaron por deducción en todos los casos en los cuales la Constitución nacional atribuía determinadas competencias y responsabilidades al "Estado".

En el constitucionalismo venezolano, dada la forma federal del Estado, esta expresión "Estado" comprende toda la organización política del Estado federal y, por tanto, a estos efectos competenciales, tan "Estado" es la República como los estados y los municipios[24]; por ejemplo, cuando la Constitución señala que "El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad..." (art. 75), esta es una obligación que corresponde tanto a los órganos del poder nacional (la República) como a los órganos del poder estadal (estados) y a los órganos del poder municipal (municipios). Por tanto, cuando la Constitución utiliza la expresión "Estado" no sólo se refiere al "Estado nacional" sino a todos los niveles territoriales derivados de la división del poder público.

En esta orientación se dictaron, por tanto, las Constituciones de Yaracuy, en 1979[25], y Aragua, en 1980[26], y varias otras Constituciones estadales, y como culminación del proceso se sancionó la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del poder público de 1989, en cuyo artículo 4.º se enumeraron, conforme a la Constitución de 1961, las "competencias concurrentes" entre la República y los estados a los efectos de promover la transferencia progresiva de la República hacia los estados, de los siguientes servicios:

---

22 Véase la sentencia 843 de 11 de mayo de 2004 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, caso Impugnación de la Ley de descentralización y transferencia de recursos a los municipios del Estado Guárico, *Revista de Derecho Público*, n.º 97 a 98, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, pp. 267 y ss.

23 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "El régimen de los estados en la Federación venezolana. Con ocasión de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Estado Aragua", *Proyecto de Ley Orgánica del Estado Aragua,* Maracay, Asamblea Legislativa del Estado Aragua, 1979, pp. 1 a 31.

24 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Instituciones Políticas y Constitucionales,* t. II, "El poder público: nacional, estadal y municipal", Universidad Católica del Táchira y Edit. Jurídica Venezolana, San Cristóbal y Caracas, 1996, pp. 387 y ss.

25 Constitución de 31 de diciembre de 1979, *Gaceta Oficial* del Estado Yaracuy del 1º de enero de 1980.

26 Constitución de 3 de diciembre de 1980, *Gaceta Oficial* del Estado Aragua del 4 de diciembre de 1980.

1. La planificación, coordinación y promoción de su propio desarrollo integral, de conformidad con las leyes nacionales de la materia;

2. La protección de la familia, y en especial del menor;

3. Mejorar las condiciones de vida de la población campesina;

4. La protección de las comunidades indígenas atendiendo a la preservación de su tradición cultural y la conservación de sus derechos sobre su territorio;

5. La educación, en los diversos niveles y modalidades del sistema educativo, de conformidad con las directrices y bases que establezca el poder nacional;

6. La cultura en sus diversas manifestaciones, la protección y conservación de las obras, objetos y monumentos de valor histórico o artístico;

7. El deporte, la educación física y la recreación;

8. Los servicios de empleo;

9. La formación de recursos humanos, y en especial los programas de aprendizaje, capacitación y perfeccionamiento profesionales; y, de bienestar de los trabajadores;

10. La promoción de la agricultura, la industria y el comercio;

11. La conservación, defensa y mejoramiento del ambiente y los recursos naturales;

12. La ordenación del territorio del Estado de conformidad con la ley nacional;

13. La ejecución de las obras públicas de interés estadal con sujeción a las normas o procedimientos técnicos para obras de ingeniería y urbanismo establecidas por el poder nacional y municipal, y la apertura y conservación de las vías de comunicación estadales;

14. La vivienda popular, urbana y rural;

15. La protección a los consumidores, de conformidad con lo dispuesto en las leyes nacionales;

16. La salud pública y la nutrición, observando la dirección técnica, las normas administrativas y la coordinación de los servicios destinados a la defensa de las mismas que disponga el poder nacional;

17. La investigación científica; y

18. La defensa civil.

Siguiendo la misma orientación de estos antecedentes constitucionales y legales, en nuestro criterio pueden distinguirse las siguientes materias como de la competencia concurrente entre los niveles nacional, estadal y municipal del poder público.

2. *El régimen de la seguridad y protección ciudadana: policía y administración de riesgos*

El artículo 55 C. garantiza el derecho de toda persona a la protección por parte del Estado, a través de los órganos de seguridad ciudadana regulados por ley, frente a situaciones que constituyen amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad física de las personas, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes". La norma asigna al "Estado" la obligación de proteger, y la expresión "Estado" comprende la totalidad de los entes que conforman su organización política como Estado federal. En consecuencia, esta obligación corresponde, concurrentemente, a la República, a los estados y a los municipios, como lo confirma expresamente el artículo 332 C., tanto por lo que se refiere a la policía como a la administración de riesgos y emergencias, al indicar que la función de los órganos de seguridad ciudadana constituye una "competencia concurrente". Esto lo confirma, además, el artículo 184 C. al reconocer como competencia de los estados y los municipios la materia de "prevención y protección vecinal".

En cuanto a la policía, además, como se ha visto, el poder nacional tiene competencia exclusiva en materia de "policía nacional" (art. 156.6 C.), correspondiendo al Ejecutivo nacional organizar, de conformidad con la ley, un cuerpo uniformado de policía nacional (art. 332 C.). El poder estadal tiene competencia exclusiva para "la organización de la policía y la determinación de las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal, de conformidad con la ley" (art. 164.6 C.) y el poder municipal tiene competencia exclusiva, "en cuanto concierne a la vida local", en materia de "prevención y protección vecinal y servicios de policía municipal, conforme a la legislación nacional aplicable" (art. 178.7 C.). Además, se atribuye a los municipios competencia exclusiva, también en cuanto concierne a la vida local, en materia de servicios de "protección civil" (art. 178.4 C.) y de "servicios de prevención y protección, vigilancia y control de los bienes y las actividades relativas a las materias de la competencia municipal" (art. 178.5 C.).

Esto implica, también, una concurrencia de competencias en materia de administración de riesgos y emergencias: el artículo 156.9 C., atribuye al poder nacional el régimen de la administración de riesgos y emergencias, y el artículo 332 C. encarga al Ejecutivo nacional, de conformidad con la ley, organizar un cuerpo de bomberos y administración de emergencias de carácter civil y una organización de protección civil y administración de desastres, como parte de los órganos de seguridad ciudadana. La misma norma considera como una competencia concurrente de los estados y municipios la función de los órganos de seguridad ciudadana, por lo que aquellos, conforme con el artículo 164.8 y 178.4, 5 y 7 C., de conformidad con la legislación nacional, pueden establecer los servicios respectivos.

3. *Régimen del desarrollo económico*

La legislación básica en materia de economía, como se ha dicho, es una competencia exclusiva del poder nacional (art. 156.11, 15, 17, 18 y 21 C.). Sin embargo, el régimen de ordenación y promoción del desarrollo económico es competencia concurrente de los tres niveles territoriales de gobierno.

A. *Ordenación y promoción del desarrollo económico y social*

Los artículos 112, 299, 308, 309 y 310 C. atribuyen competencia al "Estado" para promover la iniciativa privada con facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país; promover el desarrollo armónico de la economía nacional; proteger la artesanía e industrias populares; velar por la creación y fortalecimiento del sector turístico nacional, y proteger y promover la pequeña y mediana industria.

De nuevo, la atribución al "Estado" de estas competencias exige precisar que dicha expresión comprende a los diversos niveles territoriales que conforman la organización política del Estado: la República, los estados y los municipios. Por tanto, aquí también se trata de una materia de la competencia concurrente que se corrobora en otras normas constitucionales, que atribuyen a los órganos del poder público competencia exclusiva en aspectos específicos de esta materia.

En efecto, la Constitución asigna a la Asamblea Nacional la competencia exclusiva para aprobar las líneas generales del plan de desarrollo económico y social (art. 187.8 C.) y atribuye al Presidente de la República competencia exclusiva para formular el plan *nacional* de desarrollo y dirigir su ejecución previa aprobación de la Asamblea Nacional (art. 236.18 C.). Ello implica, por supuesto, que puede y debe haber planes estadales y municipales de desarrollo, para lo cual los estados y municipios tienen competencia. Por ello, en cada estado debe existir un consejo estadal de planificación y coordinación (art. 166 C.) y en cada municipio, un consejo local de planificación (art. 182 C.). Los municipios, además, tienen competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de ordenación y promoción del desarrollo económico y social (art. 178 C.).

Por otra parte, como órgano intergubernamental, el Consejo Federal de Gobierno tiene la misión de planificar y coordinar las políticas y acciones de los tres niveles territoriales para el desarrollo del proceso de descentralización (art. 185 C.).

B. *Turismo*

El artículo 310 C. regula el turismo como una actividad económica de interés nacional, prioritario para el país en su estrategia de diversificación y desarrollo sostenido. En tal sentido, como consecuencia, atribuye al "Estado" la obligación tanto de dictar medidas que garanticen el desarrollo del turismo como de velar por la creación y fortalecimiento del turismo nacional.

El "Estado", en esa norma, igualmente, es tanto el Estado nacional (República) como los estados federados y los municipios, configurándose la materia como de la competencia concurrente entre los tres niveles territoriales.

Además, debe destacarse que, en particular, en materia turística el poder nacional tiene asignada competencia exclusiva para la política *nacional* y legislación en materia de turismo (art. 156.23 C.), por lo que también existe una política estadal y municipal en la materia que corresponde a los estados y municipios. En especial, a estos últimos se asigna competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de "turismo local" (art. 178.1 C.).

C. *Promoción del desarrollo rural y seguridad alimentaria*

Los artículos 305, 306 y 307 C. también atribuyen al "Estado" obligaciones de promover el desarrollo rural integral; promover las condiciones para fomentar la actividad agrícola y la agricultura sustentable, a fin de garantizar la seguridad alimentaria, y alcanzar niveles estratégicos de autoabastecimiento; proteger las comunidades y asentamientos de pescadores artesanales; proteger y promover las formas asociativas y particulares de propiedad, y velar por la ordenación sustentable de las tierras de vocación agrícola. Estas obligaciones del "Estado", de nuevo, corresponden en forma concurrente a todos los entes que conforman la organización política del mismo, es decir, a la República, a los estados y a los municipios.

Por otra parte, como se ha visto, en la materia el poder nacional tiene competencia exclusiva para dictar la "legislación agraria" (art. 156.32 C.) y definir la política *nacional* en materia tanto de seguridad alimentaria (art. 156.23 C.) como de producción agrícola, ganadera, forestal y pesquera (art. 156.25 C.).

Por tanto, los estados y municipios tienen competencia, respectivamente, para definir la política *estadal* y *municipal* en materia de seguridad alimentaria y para la producción agrícola, ganadera, pesquera y forestal.

D. *Ciencia y tecnología*

El artículo 110 C. también atribuye al "Estado" diversas obligaciones y misiones en materia de ciencia, tecnología, conocimiento, innovación y sus aplicaciones y los servicios de información necesarios, por ser instrumentos fundamentales para el desarrollo económico, social y político del país, con obligaciones de fomento y desarrollo de esas actividades.

De nuevo, el "Estado" en la Constitución comprende a la República, a los estados y a los municipios, entidades que, por tanto, tienen competencia concurrente en la materia.

E. *Información económico social*

El artículo 156.18 C., como se ha dicho, atribuye al poder nacional competencia exclusiva en materia de "censos y estadísticas *nacionales*". En consecuencia, los estados y municipios tendrían competencia concurrente en materia de censos y estadísticas *estadales* y *municipales*, respectivamente.

F. *Publicidad comercial*

En cuanto a la publicidad comercial, el artículo 178.3 C., como antes indicamos, atribuye a los municipios competencia exclusiva en la materia "en cuanto concierne a los intereses y fines específicos *municipales*".

Por tanto, el poder nacional y el poder estadal tendrían competencia en la materia en cuanto concierne a los fines específicos *nacionales* o *estadales*, respectivamente.

4. *Régimen del desarrollo social*

En el campo del desarrollo social, conforme a las previsiones constitucionales, puede decirse que todas las materias relativas al mismo son de la competencia concurrente de todos los órganos del Estado, es decir, de la República, de los estados y de los municipios.

A. *Asistencia y protección social*

Conforme a los artículos 75 a 81 C., el "Estado" tiene un conjunto de obligaciones tendientes a asegurar la protección de las familias y de quienes ejerzan la jefatura de la familia; a garantizar asistencia y protección integral a la maternidad; a proteger el matrimonio entre hombre y mujer; a asegurar protección integral a los niños y adolescentes y a promover su integración progresiva a la ciudadanía activa; a crear oportunidades para estimular el tránsito productivo de los jóvenes a la vida adulta, su capacitación y acceso al primer empleo; a garantizar a los ancianos el pleno ejercicio de sus derechos y garantías, así como atención integral; respecto de los discapacitados, a garantizar el respeto a su dignidad humana, la equiparación de oportunidades, condiciones laborales satisfactorias y promover su formación, capacitación y acceso al empleo acorde con sus condiciones.

Todas estas responsabilidades, sin duda, corresponden en forma concurrente tanto a la República como a los estados y municipios.

La "legislación nacional" en la materia corresponde en forma exclusiva al poder nacional, pero por ejemplo la Constitución atribuye en forma expresa a los municipios competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de servicios de protección a la primera y segunda infancia, a la adolescencia y a la tercera edad, así como en materia de servicios de integración familiar del discapacitado al desarrollo comunitario (art. 178.5 C.).

Estos servicios públicos de asistencia y protección, dado el carácter de materia de competencia concurrente, también serían, en los términos del artículo 164.8 C., servicios públicos estadales.

B. *Salud y sanidad*

Las obligaciones públicas en materia de salud, conforme a los artículos 83, 84 y 85 C., también se atribuyen al "Estado", es decir, tanto a la República como a los estados y municipios. En consecuencia, se trata de servicios que son de la competencia concurrente de los tres niveles territoriales.

En la materia, sin embargo, como se ha dicho, el artículo 156.23 C. atribuye al poder nacional competencia exclusiva en materia de políticas y servicios *nacionales* de salud y de legislación sobre sanidad nacional y vegetal (art. 156.32 C.). En particular, los artículos 84 y 85 C. precisan como competencia del poder nacional el establecimiento de un Sistema público *nacional* de Salud. En consecuencia, los estados y municipios tienen competencia en materia de políticas y servicios estadales y municipales de salud.

El poder nacional, además, tiene competencia exclusiva para dictar la legislación sobre sanidad animal y vegetal (art. 156.32 C.) y los municipios tienen competencia exclusiva expresa, en cuanto concierne a la vida local, en materia de salubridad y atención primaria en salud (art. 178.5 C.).

En cuanto a los estados, los servicios de salud, como materia de la competencia concurrente, serían servicios públicos estadales (art. 164.8 C.). Ello lo confirma, además, el artículo 184, al establecer la descentralización de los "servicios de salud" de los estados y municipios a las organizaciones comunitarias.

C. *Vivienda*

El artículo 82 asigna al "Estado en todos sus ámbitos" la obligación de satisfacer progresivamente el derecho de toda persona a la vivienda; por lo que se trata de una materia que corresponde, en forma concurrente, a la República, a los estados y a los municipios.

Además, la Constitución atribuye como competencia exclusiva del poder nacional la política *nacional* y la legislación en materia de vivienda (art. 156.23 C.), por lo que los estados y municipios tienen competencia en materia de políticas estadales y municipales de vivienda, respectivamente. Ello también lo confirma el artículo 184 C.

Adicionalmente, los municipios tienen competencia expresa exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de vivienda de interés social (art. 178.1 C.) y de aplicación de la política inquilinaria conforme a la delegación prevista en la ley nacional (art. 178 C.).

D. *Educación*

Los artículos 102 a 109 C. también asignan un conjunto de obligaciones al "Estado" en materia de educación, lo que conlleva que la competencia en la materia sea concurrente entre la República, los estados y los municipios.

Por otra parte, como ya se ha indicado, el artículo 156.24 C. atribuye al poder nacional competencia exclusiva para las políticas y los servicios *nacionales* de educación.

En consecuencia, los estados y municipios tienen competencia, respectivamente, para las políticas y los servicios estadales y municipales de educación.

Los servicios de educación, por tanto, también serían servicios públicos estadales en los términos del artículo 164.8 C.; y en cuanto a los municipios, el artículo 178.5 C. les atribuye competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de educación preescolar.

La competencia estadal y municipal en "servicios de educación", también la confirma el artículo 184 C.

E. *Cultura y patrimonio histórico*

Los artículos 98 a 191 C. establecen también un conjunto de obligaciones, asignadas al "Estado", en materia de cultura y patrimonio histórico, cultural y arquitectónico lo que las configura como una de las materias de competencia concurrente entre la República, los estados y los municipios, que se ejerce de acuerdo con la legislación nacional en materia de "patrimonio cultural y arqueológico" (art. 156.32 C.).

Además, como se indicó, el artículo 156.32 C. le asigna al poder nacional competencia exclusiva para dictar la legislación en la materia. El artículo 178,1 y 5 le atribuye en forma expresa competencia exclusiva a los municipios, en cuanto concierne a la vida local, en materia de actividades e instalaciones culturales y de patrimonio histórico. Los servicios culturales constituirían servicios públicos estadales, en los términos del artículo 164.8 C.

El artículo 184 C., además, confirma la competencia de los estados y municipios en materia de "servicios culturales".

F. *Deporte*

El artículo 111 C. atribuye al "Estado" la responsabilidad de asumir el deporte y la recreación como política de educación y salud, correspondiendo, por tanto, a la República, a los estados y a los municipios dicha responsabilidad.

El artículo 178.1 C., además, atribuye a los municipios la competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de sitios de recreación; y el artículo 184 C. confirma la competencia de los estados y municipios en materia de "servicios de deporte".

G. *La protección a las comunidades indígenas*

Los artículos 119 a 125 C. que regulan el régimen de los derechos de los pueblos indígenas, establecen una serie de obligaciones de protección y atención que corresponden al "Estado", es decir, a la globalidad de las entidades políticas que componen el Estado federal: la República, los estados y los municipios.

Se trata, por tanto, de una materia de la competencia concurrente entre los tres niveles territoriales que se ejerce de acuerdo con la legislación nacional en materia de "pueblos indígenas" (art. 156.32 C.), salvo en aspectos que expresamente alguna de dichas normas atribuye al "Ejecutivo nacional", como la demarcación de las tierras indígenas (art. 119 C.).

H. *La protección del trabajo*

Los artículos 87 y siguientes C. regulan los derechos laborales, y asignan al "Estado" un conjunto de obligaciones como la adopción de medidas para asegurar empleo, el fomento del empleo, y la protección del trabajo sin discriminación. En todos estos casos, las obligaciones asignadas al "Estado", sin duda, corresponden tanto a la República como a los estados y municipios. Se trata, por tanto, de una materia de competencia concurrente que se ejerce de acuerdo con la legislación nacional en materia de trabajo, previsión y seguridad social (art. 156.32 v).

5. *Régimen de la infraestructura y de la ordenación del territorio*

A. *Ordenación del territorio*

El artículo 128 C. atribuye al "Estado" competencia en materia de ordenación territorial, razón por la cual se trata de una competencia concurrente entre la República, los estados y los municipios.

Además, como se ha dicho, el artículo 156.23 C. le atribuye al poder nacional competencia exclusiva en cuanto a las políticas *nacionales* y la "legislación" en materia de ordenación de territorio, por lo que a los estados y municipios les corresponde la política estadal y municipal, respectivamente, en la ordenación del territorio de las respectivas entidades.

Adicionalmente, el artículo 178 C. le atribuye expresamente a los municipios competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de "ordenación territorial", y el artículo 184 C. confirma la competencia de estados y municipios en la materia, por ejemplo, al referirse al "mantenimiento de áreas industriales".

B. *Ambiente*

En igual forma, los artículos 127 a 129 C. le asignan al "Estado" competencias en materia ambiental, lo que la configura como una de las materias de competencia concurrente entre la República, los estados y los municipios.

Por otra parte, el artículo 156.23 C., además, atribuye al poder nacional competencia exclusiva en cuanto a las políticas *nacionales* y la "legislación" en materia de ambiente y aguas, por lo que los estados y municipios tienen competencia en las políticas estadales y municipales en la materia.

Además, el artículo 178.4 C. le atribuye en forma exclusiva a los municipios, en cuanto concierne a la vida local, competencias en materia de "protección del ambiente y cooperación con el saneamiento ambiental".

El artículo 184 C., además, confirma la competencia de estados y municipios en materia de "servicios ambientales".

C. *Urbanismo*

En materia de urbanismo no hay en la Constitución, una disposición que le asigne el carácter de competencia concurrente, salvo su inclusión como un aspecto urbano de la ordenación territorial que corresponde a los tres niveles de gobierno.

El artículo 184 C., por otra parte, confirma la competencia tanto de los estados como de los municipios en materia de "mantenimiento y conservación de áreas urbanas".

Además, como se dijo, el poder nacional tiene competencia exclusiva para el establecimiento, coordinación y unificación de normas y procedimientos técnicos para obras de ingeniería, de arquitectura y de urbanismo y la legislación sobre ordenación urbanística, (art. 156.19 C.).

Y el poder municipal tiene competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de ordenación urbanística, parques, jardines, plazas, balnearios, otros sitios de recreación, arquitectura civil, nomenclatura y ornato público (art. 178.1 C.).

Se trata, por tanto, de una materia de la competencia concurrente entre el poder nacional, el poder estadal y el poder municipal.

III. LAS COMPETENCIAS RESIDUALES

Conforme a la tradición de los sistemas federales, los estados tienen competencia en todo lo que no corresponda de conformidad con la Constitución a la competencia nacional o municipal (art. 164.11 C.). Es lo que se denomina la competencia residual de los estados.

Sin embargo, en virtud de la *competencia implícita* a favor del poder nacional establecida en el artículo 156.33 C., el residuo a favor de los estados puede resultar aún más exiguo y dependiente del poder nacional. Dicha norma, en efecto, atribuye competencia al poder nacional en toda otra materia que la Constitución atribuya al poder público nacional, o que le corresponda por su índole o naturaleza. Sobre esta disposición, que también estaba en la Constitución de 1961, la sala Constitucional del Tribunal Supremo ha señalado que:

En este sentido, se observa que el artículo 136 de la Constitución de 1961, norma rectora de las competencias nacionales y de la cual debía partirse a los fines de analizar las competencias de los demás poderes, contiene una enumeración de las materias que crean competencia exclusiva del poder nacional, para culminar con la denominada por la doctrina "cláusula de poderes implícitos" prevista en el ordinal 25º, del mismo artículo el cual disponía que "Toda otra materia que la presente Constitución atribuya al poder nacional o que le corresponda por su índole o naturaleza". Cláusula que se mantiene incólume en el nume-

ral 33 del artículo 156 de la vigente Constitución. Esta cláusula de poderes implícitos lo que significa es que, la enumeración realizada por el Constituyente del 61 en dicho artículo, no se agotaba allí; no era una enumeración taxativa sino meramente enunciativa, pudiendo en todo caso el legislador cuando existía una materia que por su importancia y trascendencia para el interés nacional, que ameritara ser incluida en esta lista, ello fuera posible. Es decir, que sería de la competencia del poder nacional "toda otra materia" diferente a las allí mencionadas que por su índole o naturaleza merezca ser reservada por el poder nacional[27].

Además, como excepcionalmente ocurrió en la Constitución centralista y autoritaria de 1953, la Constitución de 1999 también estableció una competencia residual a favor del poder nacional, aun cuando reducida a la materia tributaria, al asignarle competencia en materia de impuestos, tasas y rentas "no atribuidos a los estados y municipios" por la Constitución y la ley (art. 156.12 C.).

En consecuencia, en la Constitución de 1999 se estableció una doble competencia residual: a favor del poder nacional en materia tributaria; y el resto, a favor de los estados.

III. EL PRINCIPIO DESCENTRALIZADOR EN LAS COMPETENCIAS DEL PODER PÚBLICO

A pesar de la sustancia centralista del esquema federal venezolano, el texto formal de la Constitución de 1999 puede decirse que está impregnado de descentralización: el artículo 4.º declara al Estado como "federal descentralizado"; el artículo 6.º precisa que el gobierno de la República y de las demás entidades políticas debe ser "descentralizado"; y el artículo 16 garantiza que la ley orgánica relativa a la división política del territorio nacional debe garantizar la "descentralización político administrativa".

La descentralización, por otra parte, se declara como una política nacional, que debe profundizar la democracia, acercando el poder a la población, creando las mejores condiciones, tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales (art. 158 C.)[28].

Sin embargo, con un esquema de distribución de competencias, en gran parte sometidas a las regulaciones del poder nacional, la descentralización como política queda en manos de los órganos del poder nacional. Para ejecutarla, además, la Constitución prevé mecanismos de transferencias de competencias en cascada, desde el ámbito nacional hacia el ámbito local y hacia las comunidades.

En efecto, el artículo 157 C., establece que la Asamblea Nacional, por mayoría de sus integrantes, puede atribuir a los municipios o a los estados determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización. Esta norma, que sigue la línea que se había establecido en el artículo 137 C. de 1961, permite la descentralización hacia los estados de competencias nacionales tanto exclusivas como concurrentes (*Cuarta parte, § 13*). En el primer caso, de llegar a darse, bastaría la decisión de la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional para producir la modificación constitucional prevista en la norma, lo cual estimamos que no debió regularse así, sino más bien conservarse el voto calificado que establecía la Constitución de 1961.

---

27 Véase sentencia 2257 del 13 de noviembre de 2001, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 204.

28 Cfr. José Peña Solís, "Aproximación al proceso de descentralización delineado en la Constitución de 1999", *Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche*, vol. II, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 217 a 282.

Por otra parte, el artículo 165 C. establece que los estados, a su vez, descentralizarán y transferirán a los municipios los servicios y competencias que gestionen y que éstos estén en capacidad de prestar, así como la administración de los respectivos recursos, dentro de las áreas de competencias concurrentes entre ambos niveles del poder público. Corresponde a los consejos legislativos estadales regular dichos mecanismos de transferencia.

Por último, el artículo 184 C. precisa que la ley, que puede ser nacional, estadal o municipal, debe crear mecanismos abiertos y flexibles para que los estados y los municipios descentralicen y transfieran a las comunidades y grupos vecinales organizados los servicios que éstos gestionen, previa demostración de su capacidad para prestarlos, promoviendo:

1. La transferencia de servicios en materia de salud, educación, vivienda, deporte, cultura, programas sociales, ambiente, mantenimiento de áreas industriales, mantenimiento y conservación de áreas urbanas, prevención y protección vecinal, construcción de obras y prestación de servicios públicos. A tal efecto, pueden establecer convenios cuyos contenidos deben estar orientados por los principios de interdependencia, coordinación, cooperación y corresponsabilidad.

2. La participación de las comunidades y de ciudadanos o ciudadanas, a través de las asociaciones vecinales y organizaciones no gubernamentales, en la formulación de propuestas de inversión ante las autoridades estadales y municipales encargadas de la elaboración de los respectivos planes de inversión, así como en la ejecución, evaluación y control de obras, programas sociales y servicios públicos en su jurisdicción.

3. La participación en los procesos económicos estimulando las expresiones de la economía social, tales como cooperativas, cajas de ahorro, mutuales y otras formas asociativas.

4. La participación de los trabajadores o trabajadoras y comunidades en la gestión de las empresas públicas mediante mecanismos autogestionarios y cogestionarios.

5. La creación de organizaciones, cooperativas y empresas comunales de servicios, como fuentes generadoras de empleo y de bienestar social, propendiendo a su permanencia mediante el diseño de políticas en las cuales aquellas tengan participación.

6. La creación de nuevos sujetos de descentralización a nivel de las parroquias, las comunidades, los barrios y las vecindades a los fines de garantizar el principio de la corresponsabilidad en la gestión pública de los gobiernos locales y estadales y desarrollar procesos autogestionarios y cogestionarios en la administración y control de los servicios públicos estadales y municipales.

7. La participación de las comunidades en actividades de acercamiento a los establecimientos penales y de vinculación de éstos con la población.

CUARTA PARTE:

EL RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESTADAL Y MUNICIPAL

§ 12. Principios relativos al régimen de los Estados de la Federación

I. LOS ESTADOS Y LA DISTRIBUCIÓN VERTICAL DEL PODER PÚBLICO

1. *La constante histórica del federalismo*

Como se ha mencionado anteriormente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 136 C., "El poder público se distribuye entre el poder municipal, el poder estadal y el poder nacional", lo que da origen a una estructura territorial en tres niveles de descentralización política: nacional, estadal y municipal (*Introducción general, IV*), para lo cual la Constitución atribuye el ejercicio del poder público a diversos órganos, asignándoles competencias exclusivas, concurrentes y residuales (*Tercera parte, § 11*).

Este sistema de distribución vertical o territorial del poder público, en todo caso, deriva de la forma federal del Estado[1], la cual ha sido una constante desde el nacimiento de la

---

[1] Cfr. en general, sobre el poder público y la forma del Estado, CARLOS LUIS CARRILLO ARTILES, "La composición del poder público en la Constitución", *Libro Homenaje a Enrique Tejera París. Temas sobre la Constitución de 1999,* Caracas, Centro de Investigaciones Jurídicas (CEIN), 2001, pp. 51 a 76; C. KIRIADIS IONGHI, "Notas sobre la estructura orgánica del Estado venezolano en la Constitución de 1999", *Temas de derecho administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani,* vol. I, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 1031-1082; HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ, "Las transformaciones fundamentales en la organización y dinámica del Estado derivadas de la Constitución de 1999", *Temas de derecho administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani,* vol. II, cit. pp. 619-644; ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "La descentralización política en la Constitución de 1999: Federalismo y Municipalismo (una reforma insuficiente y regresiva"), *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Año LXVIII, n.º 138, Caracas 2002, pp. 313-359; y publicado también en *Provincia. Revista Venezolana de Estudios Territoriales*, n.º 7, II Etapa, Mérida, Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales (CIEPROL) y Universidad de los Andes, 2001, pp. 7-92; íd., "Consideraciones sobre el régimen de distribución de competencias del poder público en la Constitución de 1999" en Fernando Parra Aranguren y Armando Rodríguez García (edits.), *Estudios de derecho administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, t. I, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 107-136; íd., "Consideraciones sobre el régimen constitucional de la organización y funcionamiento de los poderes públicos", *Revista Derecho y Sociedad,* n.º 2, Caracas, Universidad Monteávila, 2001, pp. 135-150; RICARDO COMBELLAS, *Derecho constitucional: una introducción al estudio de la Constitución,* Caracas, Mc Graw Hill, 2001, pp. 121 y ss; CECILIA SOSA GÓMEZ, "La organización política del Estado venezolano: el poder público Nacional", *Revista de Derecho Público*, n.º 82,

República en 1811, lo que implica el reconocimiento de autonomías territoriales no sólo en el nivel municipal, sino en el nivel intermedio, es decir, el de los estados federados. Venezuela fue así, después de los estados Unidos de Norteamérica, el primer país del mundo que adoptó la forma federal del Estado recién inventada (1787), al sancionar la *Constitución Federal para los Estados de Venezuela* el 21 de diciembre de 1811. Esa forma federal del Estado puede decirse que ha perdurado hasta nuestros días, aún cuando no siempre con la efectividad descentralizadora que han expresado los textos constitucionales. En particular, la Constitución de 1999 que califica el Estado federal como "descentralizado", es la más centralista de todas cuantas se han dictado en los casi doscientos años de existencia del Estado.

Venezuela, por tanto, nació como Estado en 1811 como una Federación de siete Provincias que conformaban la Capitanía General de Venezuela, las cuales se habían declarado independientes de España y sucesivamente se habían constituido como estados soberanos y autónomos a partir del 19 de abril de 1810, cuando se inició el proceso de Independencia.

Esa primera Constitución de 1811 tuvo corta vigencia debido a las guerras de independencia (1812-1824); pero a pesar de las críticas de Simón Bolívar a la Federación y del fuerte contenido centralista de la Constitución de Angostura de 1819, la cual tampoco tuvo mayor duración por la integración de Venezuela a lo que se llamó la Gran Colombia en 1821; lo cierto es que cuando se reconstituyó la República de Venezuela (separada de Colombia) a partir de 1830, reaparecieron los principios federalistas en un sistema que los constituyentes de la época denominaron como producto de un pacto centro federal.

En las Constituciones posteriores la forma federal del Estado concretizada en la distribución vertical del poder público se comenzó a expresar formalmente en la Constitución de 1858, adoptándose incluso a partir de 1864 la denominación de la República como "Estados Unidos de Venezuela", la cual se conservó hasta 1953[2]. En esa fecha, precisamente por el triunfo de la Revolución federal, se adoptó en forma definitiva la forma federal del Estado, sustituyéndose la fórmula mixta de 1830.

Pero la Federación venezolana, que en paralelo a la consolidación del caudillismo regional se estructuró durante la segunda mitad del Siglo XIX, aún con un progresivo acento centralizante, particularmente en materia fiscal (no así, por ejemplo, en materia legislativa); a partir de 1901, al producirse el colapso del sistema del Estado federal liberal, comenzó configurarse como una verdadera "Federación centralizada", luego de que se produjo la centralización de todos los ordenes estatales: políticos, militares, administrativos, legislativos y fiscales[3]; proceso que a pesar del cambio político democrático de

Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 71-83; MARÍA V. ESPINA MOLINA y ORNELLA BERNABEI ZACCARO, "Nueva estructura del Estado venezolano", en *Comentarios a la Constitución"*, Caracas, Vadell Hermanos, 2000, pp. 65-116; CÉSAR A. LOAIZA MOYETONES, "Los órganos del Estado", en *Derecho Constitucional. General y Particular. Actualizado con la Constitución del 24-03-2000,* t. I, Caracas, Universidad Santa María, pp. 151-175.

2 Sobre la evolución histórica del Estado véase ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Estudio Preliminar", *Las Constituciones de Venezuela*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1997, pp. 21-256; íd., "La formación del Estado venezolano", en *Revista Paramillo*. *Miscellanea Ioseph del Rey Fajardo, S.J. Sexagenario dicata*, n.º 14, Caracas 1995, pp. 197-361, y en *II Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 33-217; íd., *Instituciones Políticas y Constitucionales*, t. I, "Evolución histórica del Estado", San Cristóbal y Caracas, Universidad Católica del Táchira y Edit. Jurídica Venezolana, 1996.

3 Cfr. TULIO CHIOSSONE, "Constitución centralista con ribetes federales", *Libro Homenaje a Rafael Caldera: Estudios sobre la Constitución*, t. I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1979, pp. 207-214; ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, t. I, "Evolución histórica del Estado", cit., pp. 351 y ss.; íd. "El desarrollo institucional del Estado Centralizado en Venezuela (1899-1935) y sus proyecciones contemporáneas", *Revista de Estudios de la Vida Local y Autonómica*, n.os 227 y 228, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1985, pp. 487 a 514 y 695 a 726, respectivamente.

1947 y de la consolidación de la democracia a partir de 1958, continuó desarrollándose y ha perdurado hasta nuestros días, reforzándose en la Constitución de 1999. En verdad, la gran transformación política que debió haber ocurrido con la Constitución de 1999 para afianzar la democracia era más bien sustituir efectivamente la Federación centralizada por una Federación descentralizada, y sobre ello debió haberse centrado el debate constituyente[4]; pues como lo señaló la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia 1037 de 1º de agosto de 2000:

Un elemento fundamental dentro de lo que es la democracia, es la descentralización, no puede haber democracia sin descentralización, ese debe ser el apellido de la democracia. Estando cada vez más cerca de las comunidades quien toma las decisiones que los orienten o satisfagan sus necesidades es que exista una interacción entre los vecinos y la Administración[5].

Sin embargo, la descentralización política no se hizo realidad en la Constitución, y su expresión en el texto constitucional no pasó del puro nominalismo[6] que se aprecia tanto en el Preámbulo como en el artículo 4 en el sentido de calificar la República como "*un Estado federal descentralizado en los términos consagrados por esta Constitución*"; fórmula más o menos similar a la del artículo 2.º C. de 1961 que disponía que "La República de Venezuela es un Estado federal, en los términos consagrados por esta Constitución". Es decir, en la Constitución de 1999 se configuró la "Federación descentralizada" con el marco centralista de "Federación centralizada", lo que constituye una contradicción constitucional[7] manifestada particularmente en la autonomía limitada y limitable que se atribuye a las entidades territoriales.

En consecuencia, la denominación de "Estado federal descentralizado" que se incorporó en la Constitución de 1999 para identificar la forma del Estado, viene a ser sólo un avance nominal pero en los términos establecidos en la Constitución, lo que no significó realmente avance sustancial alguno respecto del proceso de descentralización que se había venido desarrollando durante la última década en el país, al amparo de la Constitución de 1961[8]. Más bien significó un retroceso centralizador, a pesar de que se mantuvieron parcialmente algunas de las reformas que se realizaron en 1989[9], con la Ley Orgánica de Des-

---

4 Cfr. nuestros planteamientos durante las sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Propuesta sobre la forma federal del Estado en la nueva Constitución: Nuevo Federalismo y Nuevo Municipalismo" en *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, t. I, 8 agosto a 8 septiembre, Caracas, Fundación de Derecho Público y Edit. Jurídica Venezolana, 1999, pp. 155 a 170. Cfr. también, lo expuesto íd., *Instituciones Políticas y Constitucionales*, t. II, "El poder público nacional, estadal y municipal, San Cristóbal y Caracas, Universidad Católica del Táchira y Edit. Jurídica Venezolana, 1996, pp. 227 a 233.

5 Caso Asociación de Propietarios y Residentes de la Urbanización Miranda (APRUM) *vs.* Alcaldía del municipio Sucre del Estado Miranda, *Revista de Derecho Público*, n.º 83, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 394.

6 Cfr. lo que hemos expuesto en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999 (Alcance de una reforma insuficiente y regresiva)*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001.

7 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "La Federación descentralizada en el marco de la centralización de la Federación en Venezuela. Situación y perspectivas de una contradicción constitucional" (conferencia en el Seminario Internacional sobre Federalismo y Regionalismo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM y Tribunal Supremo del Estado de Puebla, Puebla, México, 12 al 14 de noviembre de 2003), en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Constitución, democracia y control del poder*, Mérida, Universidad de Los Andes, 2004, pp. 111 a 144.

8 Cfr. en general ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Informe sobre la descentralización en Venezuela 1993, Memoria del Ministro de Estado para la Descentralización,* Caracas, 1993.

9 Cfr. en general ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999 (Alcance de una reforma insuficiente y regresiva)*, cit.

centralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del poder público de 1989[10], la cual ya tenía rango de ley constitucional en lo que se refería a la transferencia a los estados de competencias del poder nacional.

Esta contradicción que existe entre la fórmula nominal del "Estado federal descentralizado" y la centralización de la Federación que se ha consagrado en el propio texto constitucional de 1999[11], se manifiesta por ejemplo, institucionalmente, con la eliminación del Senado y el establecimiento de una Asamblea Nacional unicameral (art. 186), y al permitirse la limitación por ley nacional de la autonomía de los estados (art. 162) y de los municipios (art. 168) lo que implica negar, de entrada, la idea misma de descentralización política que tiene que estar basada en el concepto de autonomía territorial.

2. *Los estados y sus límites territoriales*

Contrariamente a lo que fue tradición en las Constituciones venezolanas a partir de 1864 y hasta el Texto Fundamental de 1953, la Constitución de 1999, al igual que la de 1961, no enumera en su texto cuáles y cuántos son los estados que conforman la división político territorial básica de la República. En la Constitución de 1961, la única parte del Texto donde aparecía la enumeración de los estados era en el encabezamiento, cuando señalaba que para haberse decretado la Constitución, se había requerido el voto de las asambleas legislativas de los estados Anzoátegui, Apure, Aragua, Barinas, Bolívar, Carabobo, Cojedes, Falcón, Guárico, Lara, Mérida, Miranda, Monagas, Nueva Esparta, Portuguesa, Sucre, Táchira, Trujillo, Yaracuy y Zulia. Por tanto, la Constitución de 1961 partió, necesariamente, del supuesto constitucional precedente y existente para el momento en el cual se promulgó, que existían 20 estados, cuyas asambleas legislativas fueron consultadas para sancionar el Texto Fundamental. Durante la vigencia de la Constitución, en 1991 y 1992 se elevaron a la categoría de estados los dos Territorios Federales que existían, Delta Amacuro, como Estado Amacuro; y Amazonas como Estado Amazonas[12]; y se creó el Territorio Vargas en parte del territorio del antiguo Distrito Federal, que luego fue transformado en Estado Vargas.

La Constitución de 1999, al haber sido sancionada por una Asamblea Nacional Constituyente no contiene en su texto referencia alguna a los estados de la Federación, encontrándose sólo en las disposiciones transitorias algunas referencias incidentales, por ejemplo, al Estado Miranda o al Estado Apure. Sin embargo, para el momento en el cual se sancionó, ya existían 23 estados, que son los siguientes: Amazonas, Anzoátegui, Apure, Aragua, Barinas, Bolívar, Carabobo, Cojedes, Delta Amacuro, Falcón, Guárico, Lara, Mérida, Miranda, Monagas, Nueva Esparta, Portuguesa, Sucre, Táchira, Trujillo, Vargas, Yaracuy y Zulia. Esos son los estados a los que se refiere el artículo 16 C., cuya división político territorial debe regularse por ley orgánica en la cual se debe garantizar la autonomía municipal y la descentralización político administrativa.

---

[10] Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS et ál, *Leyes y reglamentos para la descentralización política de la Federación*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1994.

[11] Cfr. en general, RAFAEL J. CHAVERO GAZDIK, "La forma de Estado prevista en la Constitución de 1999 (¿Un canto de sirenas?)", *Revista de Derecho Público*, n.º 81, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 29-39; JOSÉ PEÑA SOLÍS, "Aproximación al proceso de descentralización delineado en la Constitución de 1999", *Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón,* vol. II, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 217-282; RICARDO COMBELLAS, *Derecho constitucional: una introducción al estudio de la Constitución,* Caracas, Mc Graw Hill, 2001, pp. 121 y ss.

[12] Véase Ley especial que da la categoría de Estado al Territorio Federal Delta Amacuro, *Gaceta Oficial* n.º 4.295 Extra, de 3 de agosto de 2091 y Ley especial que eleva a la categoría de Estado al Territorio Federal Amazonas, *Gaceta Oficial* n.º 35.015 de 29 de julio de 1992.

Ahora bien, los límites de esos estados son básicamente los establecidos en la Ley de 28 de abril de 1856, sobre División Territorial, con algunas modificaciones menores posteriores. A esa Ley remitió la Constitución de 1909 que reconstituyó los 20 estados que existían al sancionarse (Arts. 4 y 5); y así se repitió en las Constituciones sucesivas (art. 2 del Estatuto Provisorio de 1914; art. 2 C. de 1914; art. 2 C. de 1922; art. 5 C. de 1925; art. 5 C. de 1928; art. 5 C. de 1929; art. 5 C. de 1931; art. 5 C. de 1936; art. 5 C. de 1945; y art. 4 C. de 1947). La Constitución de 1953 eliminó, al igual que la actual, la referencia a los límites previstos en aquella Ley de 1856, pero evidentemente que esos eran, básicamente, los límites de los estados.

3. *Los principios del estado federal*

Conforme al artículo 4.º C., la Federación que deriva de la distribución territorial del poder público y que implica atribución de autonomía a los entes territoriales, debe regirse "por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad".

Ello significa, ante todo, que la distribución territorial del poder, en forma ni caso alguno puede atentar contra la propia integridad territorial de la República, cuyo territorio no puede ser afectado en forma alguna por el principio descentralizador, lo que impide cualquier intento separatista de parte de las entidades políticas que componen el Estado.

Por otra parte, esa distribución del poder público entre la República, los estados y los municipios, exige la cooperación entre los diversos niveles territoriales para alcanzar, en conjunto, los fines del Estado (art. 136); por ello, entre los principios que rigen al Estado federal están los de concurrencia y corresponsabilidad de todos los entes públicos hacia los mismos fines superiores del Estado. Además, está el principio de la solidaridad entre las entidades políticas, de manera que los deberes de algunas de ellas que no puedan ser cumplidos, no excluyen la asunción de los mismos por las otras entidades políticas.

Además de los anteriores principios, el artículo 165 C., que se refiere a las materias de competencia concurrente entre los tres niveles territoriales del poder público (República, estados y municipios), exige que las mismas sean desarrolladas mediante *leyes de bases* dictadas por la Asamblea Nacional y leyes de desarrollo aprobadas por los estados, legislación que debe estar orientada por los principios de interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad.

En cuanto al principio de interdependencia, este implica que los niveles territoriales, en el ejercicio de las competencias concurrentes, deben tener relaciones de dependencia, unos respecto de otros, en forma recíproca y mutua, para lo cual la coordinación de esfuerzos es fundamental. Esta coordinación debe realizarse, fundamentalmente por un órgano intergubernamental que se creó en la Constitución de 1999, como es el Consejo Federal de Gobierno (art. 185).

Por último, se destaca el principio de la subsidiariedad en la distribución de competencias. Si "el poder público se distribuye entre el poder municipal, el poder estadal y el poder nacional", "colocados en este orden según su cercanía con el ciudadano, sujeto protagónico de este modelo de democracia participativa" según lo expresa la Exposición de motivos de la Constitución; el principio general para la asignación de competencias debería estar en el nivel municipal, debiendo ser asumidas las mismas en niveles superiores sólo en forma subsidiaria, cuando no puedan efectivamente desarrollarse a nivel local.

II. LA AUTONOMÍA E IGUALDAD DE LOS ESTADOS

1. *El marco constitucional de la autonomía de los estados y sus limitaciones*

Ahora bien, en un Estado federal o en todo sistema de distribución política territorial del poder público (descentralización), como se ha dicho, la autonomía de las entidades territoriales es consustancial al sistema, e implica, no sólo la autonomía política (elección democrática de las autoridades), sino además, la autonomía organizativa (organización de sus poderes públicos al dictar los estados sus propias Constituciones), la autonomía administrativa (inversión de los ingresos), la autonomía jurídica (no revisión de los actos de los entes territoriales salvo por los tribunales), la autonomía normativa (regulación legislativa de las materias de la competencia de la entidad) y la autonomía tributaria (creación, administración y control de los tributos).

Esta autonomía territorial, por otra parte, al derivar de la distribución vertical del poder público, debería estar garantizada en la propia Constitución[13], de manera que los límites a la misma sólo deberían ser los establecidos en la misma. La Constitución de 1999, sin embargo, en esta materia, en cuanto a los estados se limitó a disponer que los mismos son "entidades políticas autónomas en lo político" (art. 159), atribuyendo contradictoriamente al poder nacional (Asamblea Nacional) la regulación de aspectos muy importantes relativos a la organización y funcionamiento de los Consejos legislativos de los estados; y en cuanto a los municipios, como se dijo, dispuso que gozan de "autonomía dentro de los límites de esta Constitución y de la ley" (art. 168), con lo cual la autonomía municipal quedó a merced del legislador nacional.

Ahora bien, en cuanto a los estados como entidades político territoriales, la autonomía de los mismos está sometida en la Constitución a las siguientes limitaciones:

En *primer lugar*, las limitaciones a la autonomía organizativa respecto de la organización y funcionamiento de los consejos legislativos, que son los órganos a los que la Constitución atribuye el ejercicio del poder legislativo estadal y que en principio, debían ser objeto de regulación en las propias Constituciones que los estados pueden dictar conforme lo indica la Constitución nacional como parte de la organización de sus poderes públicos (art. 164,1).

Como se ha dicho, sin embargo, ha sido la propia Constitución de 1999 la que ha limitado esta autonomía al establecer que una *ley nacional* debe regular "la organización y funcionamiento" precisamente de uno de los órganos de los poderes públicos estadales, como son los consejos legislativos estadales (art. 162), a cuyo efecto la Asamblea Nacional dictó en 2001 la Ley Orgánica de los consejos legislativos de los estados[14] en la cual se ha regulado, en detalle, no sólo las bases y principios del régimen de organización y funcionamiento de los consejos legislativos de los estados, sino las regulaciones referidas a los Legisladores; y más aún, las atribuciones de los consejos legislativos y los principios generales para el ejercicio de la "función legislativa" (art. 1), con lo cual la Asamblea Nacional se excedió incluso respecto de lo autorizado excepcionalmente en la Constitución.

---

[13] Lamentablemente, sin embargo, la Sala Constitucional ha negado la posibilidad de proteger dicha garantía constitucional a la autonomía territorial mediante la acción de amparo. Véase sentencia 1395 del 21 de noviembre de 2000, *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 315.

[14] *Gaceta Oficial* n.º 37.282 de 13 de septiembre de 2001. Cfr. Mariela de Jesús Morales Soto, "El régimen jurídico aplicable a los consejos legislativos de los estados", *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 15, Caracas, Editorial Sherwood, 2002, pp. 193-205.

En *segundo lugar*, se destacan las limitaciones al ejercicio de las funciones legislativas y de control por parte de los mencionados consejos legislativos, que la Constitución les asigna (art. 162, 1); lo que se estableció en el propio texto constitucional, por ejemplo, en materia de tributos (arts. 167, 5; y 156, 13). Además, en cuanto a las competencias, como ya se señaló, las que son de carácter concurrente sólo pueden ejercerse por los estados conforme a las "leyes de base" que dicte el poder nacional (art. 165); y en los otros casos de competencias exclusivas también están sujetos a lo establecido en la ley nacional, como sucede en materia de policía estadal que sólo puede ejercerse conforme a la legislación *nacional* aplicable (art. 164, ord. 6). Pero, además, la Asamblea Nacional sin tener autorización constitucional alguna para regular el ejercicio de la "función legislativa" o la función de control por parte de los consejos legislativos de los estados, en la mencionada Ley Orgánica de los consejos legislativos de los estados de 2001 estableció con todo detalle todo el procedimiento para la formación de las leyes estadales, lo que debía ser regulado en las Constituciones de los estados.

En *tercer lugar*, está la limitación a la autonomía organizativa en cuanto al régimen de la organización y funcionamiento del los órganos del poder ejecutivo estadal, es decir, de la Administración Pública de los estados, el cual está establecido como régimen general en el conjunto de regulaciones constitucionales relativas a la Administración Pública y a la función pública en general, que se aplican por igual a los tres niveles territoriales de gobierno (arts. 141 y ss.), las cuales, por tanto, escapan de la posibilidad de regulación por los consejos legislativos estadales en las Constituciones estadales.

En *cuarto lugar*, también se destacan las limitaciones a la potestad organizativa referida al poder ciudadano estadal, es decir, la regulación en las Constituciones estadales de las contralorías de los estados, cuyos titulares deben designarse mediante concurso público (art. 163). En esta materia también se ha producido una intolerable y no autorizada limitación a la autonomía organizativa de los estados, al dictarse por la Asamblea Nacional la Ley para la designación y destitución del contralor o contralora del estado de 2001[15], con el objeto de establecer los conceptos y procedimientos generales, básicos y orientadores que regulan el proceso de designación y destitución del contralor (art. 1). Además, ha sido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, la que ha limitado la posibilidad para los estados de organizar otros poderes públicos, como los destinados a la defensa de los derechos humanos en los estados, al haber anulado normas de Constituciones estadales que habían establecido defensorías del pueblo de los estados, argumentando que ello es una competencia exclusiva de la República (poder nacional)[16]. Así, efectivamente, mediante sentencias 1182 de 11 de octubre de 2000, 1395 de 7 de agosto de 2001 y 111 de 12 de febrero de 2004, anuló las normas de las Constituciones de los estados Mérida, Aragua y Lara respectivamente que creaban las figuras del Defensor de los Derechos (Mérida), del Defensor del Pueblo (Aragua) y de la Defensoría del Pueblo (Lara), al considerarlas viciadas de usurpación de funciones partiendo del supuesto errado, en nuestro criterio, de que la competencia en materia de defensa de los derechos humanos es exclusiva del poder nacional (Asamblea Nacional), al regular el Defensor del Pueblo y el ministerio público. Al contrario, estimamos que además de competencia, todos los órganos del Estado tienen el deber de velar por la defensa de los derechos humanos, por lo que los estados podrían crear en sus ordena-

---

15 *Gaceta Oficial* n° 37.303 del 15 de octubre de 2001.

16 Véase sentencia 1395 del 7 de agosto de 2001, caso Fiscal General de la República *vs.* Asamblea Legislativa del Estado Aragua, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 195; y sentencia de la misma Sala 3255 del18 de noviembre de 2003, caso Impugnación de varios artículos de la Constitución del Estado Miranda, *Revista de Derecho Público*, No 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, p. 314 y 317.

mientos y para actuar en su jurisdicción, órganos dedicados a tal defensa. Las erradas sentencias de la Sala, en todo caso, se basaron en el mismo argumento de relatividad de la descentralización política antes anotado, en el sentido de que:

Resulta claro entonces, que los estados son favorecidos constitucionalmente por el principio de autonomía para organizar sus poderes públicos, sin embargo, debe entenderse que tal autonomía es relativa y por tanto está sometida a diversas restricciones establecidas en la Constitución y en la ley, por ello, el artículo 4.º del Texto Fundamental vigente, dispone que "*La República Bolivariana de Venezuela es un Estado federal descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución (...)*"[17].

En esta materia del poder ciudadano como organización reservada al poder nacional, en todo caso, en la más reciente sentencia citada 111 de 12 de febrero de 2004, dictada con motivo del recurso de nulidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra artículos de la Constitución del Estado Lara que regularon el poder ciudadano en dicho Estado, alegando la incompetencia del Consejo Legislativo del Estado Lara para crear y organizar un poder ciudadano dentro de dicha entidad, la Sala Constitucional resolvió dándole la razón al impugnante, señalando que:

[Al] poder estadal se le atribuyó la potestad de legislar sobre las materias de su competencia. No obstante, de un estudio detallado del Capítulo III, Título IV de la Constitución de la República, referido al poder público estadal, y particularmente su artículo 164, que expresa las competencias exclusivas de los estados, puede concluirse que en la organización de tales entidades federales no fue incluido un poder ciudadano, ni les fue conferida de ninguna forma ni en ningún grado la potestad de legislar sobre el ejercicio de la Defensoría del Pueblo o del ministerio público. Sí pueden dictar normas acerca de la contraloría estadal (art. 163 de la Constitución de la República), sin menoscabo del alcance de las funciones de la Contraloría General de la República[18].

En *quinto lugar*, está la limitación a la potestad organizativa estadal relativa a los consejos de planificación y coordinación de políticas públicas regulados en el artículo 166 C. La "ley" conforme a la cual debían funcionar estos consejos debía ser la que dictase cada consejo legislativo estadal. Sin embargo, también en este caso la Asamblea Nacional ha dictado al Ley de los consejos estadales de planificación y coordinación de políticas públicas de 2002[19] con el objeto de crear, organizar y establecer las competencias del consejo estadal de planificación y coordinación de políticas públicas que debe funcionar en cada Estado, como órgano rector de la planificación de las políticas públicas, a los fines de promover el desarrollo armónico, equilibrado y sustentable (art. 1). En esta materia, de nuevo, se produjo un vaciamiento no autorizado de las competencias legislativas de los estados, lesionándose su autonomía.

2. *El ámbito de la autonomía de los estados*

La autonomía de los estados de la federación implica en principio, que los mismos disponen de una autonomía política, en cuanto a la elección de sus autoridades; de una autonomía organizativa, en cuanto que dictan su propia Constitución para organizar sus poderes públicos; de una autonomía administrativa, a los efectos de la inversión de sus ingresos; de una autonomía jurídica, en cuanto a que los actos de los estados sólo pueden ser revisa-

17 Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 177 y ss; y en *Revista de Derecho Público* n.º 85 a 88, Caracas, Editorial Jurídica Venezuela, 2001.

18 Exp. n° 02-0731.

19 *Gaceta Oficial* n° 37.509 del 20 de agosto de 2002.

dos por los tribunales y una autonomía tributaria, que debería implicar la creación de sus tributos. El ejercicio de esta autonomía, dentro del marco limitativo que establece la Constitución, antes comentado, como lo ha precisado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia 1182 del 11 de octubre de 2000, "es relativo y por tanto, está sometida a diversas restricciones establecidas en la Constitución y en la ley"[20].

Ya hemos mencionado el marco de las limitaciones institucionales y organizativas de los estados, a lo que se agregan limitaciones similares establecidas en la Constitución en cuanto al ejercicio de las competencias. Por ejemplo, en materia de tributos, en la Constitución no sólo se eliminó toda potestad tributaria originaria de los estados, sino que se ha dejado la materia a una legislación futura, siendo la Asamblea nacional la llamada a regular el ejercicio de la potestad tributaria, estadal y municipal (art. 156.13).

Y en cuanto a las competencias, como se dijo, las que son de carácter concurrente sólo pueden ejercerse por los estados conforme a las "leyes de base" que dicte el poder nacional (art. 165), todo lo cual da origen a una autonomía limitada, lo que es lo mismo que una descentralización más nominal que real, la cual por lo demás no tiene garantía constitucional alguna.

Ello se confirma además por la injustificada ratificación que ha hecho la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia nº 1395 de 21 de noviembre de 2000 (caso Gobernación del Estado Mérida y otros *vs.* Ministerio de Finanzas), de la inconstitucional doctrina establecida por la antigua Corte Suprema de Justicia de negar la vía judicial del amparo para proteger la autonomía territorial de los estados y municipios, garantizada en la Constitución. En efecto, en la mencionada sentencia, la Sala señaló lo siguiente:

Una vez que la institución estaba consolidada como un medio de tutela judicial reforzada de los derechos y garantías constitucionales, algunos[21] propusieron su extensión a la protección de las potestades o competencias de entes públicos, especialmente de las personas político territoriales. Sin embargo, esta ampliación del objeto tutelado por el amparo fue rechazada por la extinta Corte Suprema de Justicia, en Pleno, mediante sentencia del 2 de octubre de 1997, la cual resolvió el amparo incoado, conjuntamente con una acción de inconstitucionalidad, contra la Ley Orgánica sobre Emolumentos y Jubilaciones de Altos Funcionarios de las Entidades federales y municipales. En ese amparo se planteaba que la autonomía municipal y las potestades que llevaba aparejadas debían considerarse incluidas en el concepto de "garantía constitucional" y, con ello, en el ámbito de aplicación del amparo constitucional.

En dicha sentencia la extinta Corte Suprema de Justicia, declaró que:

> [...] los entes territoriales como personas jurídicas pueden ser sujetos activos de la acción de amparo; pero sólo respecto a la tutela de los derechos y garantías constitucionales entendidos estos últimos en su sentido estricto, ha de excluírsele como una vía para la tutela de sus potestades y competencias, así como para dirimir los conflictos que puedan plantearse entre tales entes entre sí o con otros organismos del poder público.

[20] Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 180.

[21] Así lo propusimos en la acción ejercida contra la Ley Orgánica sobre Emolumentos que dio origen a la sentencia de la Sala Político Administrativa; y así lo hemos sostenido en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *El amparo a los derechos y garantías constitucionales (una aproximación comparativa),* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1993, pp. 92 y ss.

> [...] En el caso de los entes territoriales, la Constitución les otorga varios recursos destinados específicamente a impedir el desconocimiento y usurpación de los fines que le han sido asignados y de las potestades que constitucionalmente le competen [....]

Esta concepción del amparo ha quedado en lo fundamental plasmada en la Constitución. Incluso, podría afirmarse que en la vigente Constitución la vinculación del amparo con la persona y sus derechos esenciales se ha profundizado.

Ciertamente, el artículo 27 C. reconoce a toda persona (natural o jurídica) el derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, "aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos [....]".

Obsérvese que el elemento que permite incluir a ciertas facultades subjetivas dentro del ámbito de tutela del amparo, es su condición de "inherentes a la persona", lo cual se ve confirmado por la referencia a los instrumentos internacionales sobre "derechos humanos".

Por si quedara alguna duda, la Exposición de motivos de la Constitución señala que el amparo:

> se reconoce como una garantía derecho constitucional, cuya finalidad es la tutela judicial reforzada de los derechos humanos, aun de aquellos inherentes a la persona humana que no figuren expresamente en la Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Esta íntima vinculación entre el amparo y los derechos fundamentales la pone igualmente de manifiesto el último párrafo del artículo 27, según el cual el ejercicio del derecho al amparo no puede ser afectado por la declaratoria de un estado de excepción o por la restricción de garantías constitucionales. El Constituyente quiso dejar claro que incluso durante situaciones de emergencia, en las que pueden resultar necesarias restricciones extraordinarias al ejercicio de las garantías o derechos constitucionales, conserva el amparo plena vigencia, como instrumento imprescindible para medir la necesidad y proporcionalidad de la actuación de las autoridades (En igual sentido *cfr.* la *Opinión Consultiva* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-8/87, del 30 de enero de 1987, El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías).

Esos principios inspiran también la decisión de esta Sala en la que se introducen correctivos al procedimiento de amparo contemplado en la ley de la materia, en virtud de la fuerza normativa de la Constitución y de la oralidad ahora exigida por el citado artículo 27. La singular celeridad y simplicidad del proceso de amparo está también al servicio de la persona humana y de los derechos que la Constitución protege con toda firmeza.

Esta conclusión es confirmada por lo dispuesto en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, ya que tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 8), como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.3) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 25), consagran el derecho de toda persona a un recurso efectivo ante las instancias nacionales a fin de que se le ampare frente a posibles violaciones de sus derechos humanos. Así, el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone:

> Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.

Desde esta óptica, el artículo 27 de nuestra Constitución es un desarrollo de ese derecho de validez universal, el cual, al igual que los demás derechos proclamados en esa De-

claración, se basa "en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana" (Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

Por tanto, el objeto del amparo es la tutela judicial reforzada de los derechos y garantías constitucionales, lo cual comprende los derechos enunciados por la Constitución, algunos de los cuales se encuentran fuera de su Título III (*vid.*, por ejemplo, los artículos 143, 260 y 317 C.), así como los consagrados en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República, y cualquier otro que sea inherente a la persona humana.

Lo dicho no implica restringir la noción de derechos o garantías constitucionales a los derechos de las personas naturales, pues también las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales. Incluso las personas jurídicas de Derecho público pueden ostentar algunos de esos derechos.

Pero lo hasta ahora expuesto sí permite concluir que entes político territoriales como los estados o municipios, sólo han de acudir al amparo para defender los derechos o libertades de los que puedan ser titulares, como el derecho al debido proceso, o el derecho a la igualdad, o a la irretroactividad de la ley. En cambio, no pueden accionar en amparo para tutelar la autonomía que la Constitución les reconoce o las potestades y competencias que aquélla comporta.

La autonomía de un ente público únicamente goza de la protección del amparo cuando la Constitución la reconoce como concreción de un derecho fundamental de trasfondo, como ocurre con la autonomía universitaria respecto del derecho a la educación (artículo 109 C.).

En el caso de autos, los accionantes no invocan un derecho constitucional de los estados que hubiese sido vulnerado, sino la autonomía que la Constitución les asegura y, particularmente, *"la garantía de la autonomía financiera que se contempla en los artículos 159, 164, ordinal 3º, 167, ordinales 4º y 6º, de la Constitución"* (cursivas de la Sala).

Sin embargo, bajo el concepto de garantía constitucional no pueden subsumirse contenidos completamente ajenos al elenco de libertades públicas constitucionalmente protegidas, como se pretende, ya que la garantía se encuentra estrechamente relacionada con el derecho. La garantía puede ser entendida como la recepción constitucional del derecho o como los mecanismos existentes para su protección. Tanto en uno como en otro sentido la garantía es consustancial al derecho, por lo que no cabe emplear el concepto de garantía para ensanchar el ámbito tutelado por el amparo, incluyendo en el mismo toda potestad o competencia constitucionalmente garantizada. Ello conduciría a una desnaturalización del amparo, que perdería su especificidad y devendría en un medio de protección de toda la Constitución[22].

3. *La legislación nacional reguladora del poder legislativo de los estados*

Conforme a la orientación que tenía el texto constitucional de 1961, la Constitución de 1999 establece los principios generales de la organización del poder público estadal, conforme al principio de separación orgánica en dos poderes: el poder legislativo, a cargo de los consejos legislativos estadales cuyos miembros son electos por votación popular directa y secreta; y el poder ejecutivo, a cargo de los gobernadores, cuya elección se estableció a partir de 1989. Además, en la Constitución se prevé un órgano del poder público estadal con autonomía funcional, que es la contraloría del Estado, la cual puede ser configurada como poder Contralor.

22 Véase en *Revista de Derecho Público,* n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 317 y ss.

En cuanto al poder legislativo estadal, este se ejerce en cada Estado por un consejo legislativo conformado por un número no mayor de 15 ni menor de 7 integrantes, quienes proporcionalmente deben representar a la población del Estado y a los municipios (art. 162).

El régimen de la organización y funcionamiento de los consejos legislativos, por supuesto, debería ser objeto de regulación en las Constituciones que los estados pueden dictar conforme lo indica la Constitución nacional como parte de la organización de sus poderes públicos (art. 164,1), y como consecuencia de la autonomía organizativa de los estados. A pesar de ello, sin embargo, ha sido la propia Constitución de 1999 la que ha limitado esta autonomía al establecer que una *ley nacional* puede regular "la organización y funcionamiento" de uno de los poderes públicos estadales, como son los consejos legislativos estadales (art. 162).

Se trata, sin duda, de una limitación desusada y absolutamente inconveniente, ya que esa materia a la vez se declara como de la competencia exclusiva de los estados a ser regulada en sus respectivas Constituciones (art. 164, ord. 1).

En ejecución de la norma constitucional, sin embargo, la Asamblea Nacional dictó en 2001 la Ley Orgánica de los consejos legislativos de los estados[23] contentiva de 50 artículos en los cuales se han regulado, en detalle, no sólo las bases y principios del régimen de organización y funcionamiento de los consejos legislativos de los estados, sino las regulaciones referidas a los Legisladores; y más aún, las atribuciones de los consejos legislativos y los principios generales para el ejercicio de la función legislativa (art. 1), con lo cual la Asamblea Nacional se excedió incluso respecto de lo autorizado excepcionalmente en la Constitución.

En cuanto a los miembros de los consejos, la Ley Orgánica detalla su denominación como legisladores (art. 3); sus condiciones de elegibilidad igual que para los diputados nacionales (art. 4); sus deberes (art. 5); las incompatibilidades de los mismos, similares a las previstas en la Constitución para los diputados nacionales (art. 6); su dedicación exclusiva definida como el deber que tiene el legislador de estar en todo momento a disposición de la institución parlamentaria estadal sin poder excusar el cumplimiento de sus deberes por el ejercicio de actividades públicas o privadas (art. 7); los derechos de los Legisladores (art. 8); su inmunidad en el ejercicio de sus funciones, correspondiendo al Tribunal Supremo de Justicia autorizar su enjuiciamiento (art. 9, 10); el carácter de la representación de los legisladores (art. 11); su remuneración (art. 122) y el régimen de su jubilación (art. 14).

En cuanto a las atribuciones de los consejos, la Ley Orgánica las regula en materia de sanción de la Constitución y leyes estadales; participación en la designación, juramentación y destitución del contralor del estado; ejercicio de control parlamentario de la Administración Pública estadal, evaluación de la gestión del gobernador; autorización de créditos adicionales a los presupuestos estadales; aprobación de las líneas generales del plan de desarrollo del Estado; solicitud de remoción, destitución o retiro del secretario general de gobierno, y de los directores generales sectoriales que en el ejercicio de sus funciones violen o menoscaben los derechos constitucionales o causen perjuicio patrimonial a la administración o a los particulares; autorización al gobernador del Estado el nombramiento del procurador general del estado; autorización de la salida del gobernador del estado del espacio geográfico venezolano cuando su ausencia se prolongue por un lapso superior a cinco días consecutivos; sanción de su Reglamento interno de organización; aprobación de su presupuesto de gastos; autorización al Ejecutivo estadal para enajenar bienes muebles e inmue-

---

23 *Gaceta Oficial* n.º 37.282 del 13 de septiembre de 2001.

bles; designación de su representante ante el consejo de planificación de políticas públicas (art. 15); y sanción de su reglamento interior y de debates, con indicación precisa de su contenido para tratar "en lo posible de fijar su organización bajo parámetros de homogeneidad con los consejos legislativos de los demás estados" (art. 19).

En cuanto a la organización de los consejos legislativos, La ley Orgánica nacional regula la sede en la cual deben realizarse las sesiones (Capital del Estado) (art. 2); el presupuesto anual de los consejos (art. 13); su instalación (art. 17); los períodos de sesiones (art. 18); las sesiones extraordinarias (art. 19); la junta directiva y su integración (art. 20), sus atribuciones (art. 21); las del presidente (art. 22), del vicepresidente (art. 23); y la secretaría (arts. 23, 24, 25).

En cuanto al funcionamiento de los consejos legislativos de los estados, la Ley Orgánica regula en detalle las comisiones y sus formas de funcionamiento (art. 27); las comisiones permanentes (art. 28), su número no mayor de siete (art. 29), su creación y supresión (art. 30); las comisiones especiales (art. 31); los grupos parlamentarios de opinión (art. 32); la comisión delegada (art. 33), y sus atribuciones (art. 34).

Como puede apreciarse, en la ley nacional no sólo se reguló con todo detállelo relativo a la organización y funcionamiento de los consejos legislativos, sino el régimen de sus miembros y sus atribuciones, lo cual no está autorizado en la Constitución. Además, también se regula sin autorización constitucional alguna el procedimiento de formación de las leyes estadales. Con una regulación tan completa nada tiene que agregar las Constituciones de los estados, las cuales en esta materia carecerían de objeto.

Pero, por otra parte, la Constitución asigna a los consejos legislativos de los estados competencia exclusiva para legislar sobre las materias de la competencia estadal (art. 162, 1), sin embargo, ello está limitado en el propio texto constitucional.

Por ejemplo, en materia de tributos, en la Constitución no sólo se ha dejado la materia a una legislación nacional futura, (art. 167, 5), sino que en definitiva el poder nacional es el llamado a regular el ejercicio de la potestad tributaria estadal (art. 156, 13).

En cuanto a las competencias, las que son de carácter concurrente, como se ha dicho, sólo pueden ejercerse por los estados conforme a las "leyes de base" que dicte el poder nacional (art. 165); y en los otros casos de competencias exclusivas también están sujetos a lo establecido en la ley nacional, como sucede en materia de policía estadal que sólo puede ejercer conforme a la legislación *nacional* aplicable (art. 164, ord. 6).

Pero además, como se indicó, la Asamblea Nacional, sin tener autorización constitucional alguna para regular el ejercicio de la función legislativa por parte de los consejos legislativos de los estados, en la Ley Orgánica de los consejos legislativos de los estados de 2001, estableció con todo detalle todo el procedimiento para la formación de las leyes estadales, lo que debía ser regulado en las Constituciones de los estados.

En dicha regulación sobre la función legislativa se especificó las clases de leyes que pueden dictar los consejos legislativos (art. 35); el proceso de su formación y las discusiones requeridas (art. 37); la iniciativa legislativa (art. 38); los mecanismos de consulta a los municipios y la sociedad civil (art. 39); y los Acuerdos (art. 40). Todas estas normas debían haberse regulado en las Constituciones estadales, constituyendo una usurpación la regulación que ha hecho la Asamblea Nacional.

Lo mismo puede decirse respecto de las funciones de control que constitucionalmente se atribuyen a los consejos legislativos y cuyo ejercicio ha sido también regulado por la Ley Orgánica de los consejos legislativos de 2001, lo que constituye otra limitación no autorizada constitucionalmente a la autonomía de los estados. En efecto, en dicha ley se han regulado los mecanismos de control: las interpelaciones, las investigaciones, las preguntas,

las autorizaciones y las aprobaciones parlamentarias y la declaración de la responsabilidad política de los funcionarios (art. 41); la obligación de comparecencia de los funcionarios públicos estadales (art. 42); y las invitaciones a funcionarios públicos nacionales (art. 43).

La limitación efectuada por el poder nacional a los poderes estadales mediante la referida Ley Orgánica, llegó al extremo de la intervención contenida en el artículo 48 de la misma, en el cual se obliga a los consejos legislativos de los estados en un breve término a "ajustar" sus Constituciones a los términos establecidos en la ley. La verdad es que con las regulaciones de dicha Ley Orgánica muy poco o nada quedaría por regular en las Constituciones de los estados, salvo repeticiones normativas. En todo caso, todo lo anterior lo que hace es configurar una autonomía limitada del poder legislativo estadal, lo que es lo mismo que una descentralización más nominal que real.

4. *La igualdad de los estados*

La Constitución, además de establecer la autonomía política de los estados, en los términos antes analizados, dispone que los mismos son iguales. Sin embargo, esta igualdad de los estados ha perdido su garantía que estaba en la representación igualitaria en el Senado, al haberse eliminado esta cámara federal, y el Congreso bicameral que Venezuela tuvo desde 1811 por primera vez en la historia constitucional se convirtió en la Constitución de 1999, en una Asamblea legislativa unicameral.

En efecto, el establecimiento de la forma de Estado federal con efectiva descentralización política, como sucede en todos los países desarrollados y descentralizados del mundo, exigía que se conservara la estructura del órgano legislativo nacional con dos cámaras, una de las cuales (normalmente, el Senado) fuera el instrumento de participación política igualitaria de las entidades territoriales en la definición de las políticas nacionales. Con voto igual en una cámara federal es que podría hablarse de igualdad de los estados (art. 159).

Por ello estimamos que resultaba necesario e indispensable, que en la Constitución de 1999 y como consecuencia de la reafirmación de la forma federal del Estado, se conservara el Senado y el bicameralismo, de manera que la forma de elección tanto de diputados como de Senadores, reflejara la representación territorial necesaria. Sin embargo, en un contrasentido federal, en la Constitución de 1999 el Senado quedó eliminado, organizándose una Asamblea Nacional unicameral[24].

En una cámara federal o Senado, en realidad, es donde podría tender sentido la disposición del artículo 159 que declara a los estados como entidades políticas *iguales*. Esa igualdad sólo puede ser garantizada en una cámara federal, donde haya igual representación de cada uno de los estados, independientemente de su población, para participar igualitariamente en la definición de las políticas nacionales. Con la eliminación del Senado y el establecimiento de una Asamblea Nacional unicameral, en esta forma, se establece una contradicción institucional entre el federalismo y la centralización política.

III. EL RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESTADAL

1. *El poder ejecutivo estadal: los gobernadores*

De acuerdo con el artículo 160, el gobierno y administración de cada Estado corresponde a un gobernador[25] electo por un período de 4 años, por mayoría de las personas que

---

24 Cfr. MARÍA M. MATHEUS INCIARTE y MARÍA ELENA ROMERO RÍOS, "Estado Federal y unicameralidad en el nuevo orden constitucional de la República Bolivariana de Venezuela", *Estudios de derecho público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón,* vol. I, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 637-676.

25 Cfr. en general ALFONSO RIVAS QUINTERO, *Derecho constitucional,* Valencia, Paredes Editores, 2002, pp. 320 y ss.

votan en la entidad. El gobernador puede ser reelegido de inmediato y por una sola vez, para un período adicional. Para ser gobernador se requiere ser venezolano (por nacimiento o por naturalización), mayor de veinticinco años y de estado seglar. En el caso de los venezolanos por naturalización para poder ser electos gobernadores, deben tener residencia ininterrumpida en Venezuela por más de 15 años (art. 41).

Sin embargo, en el caso de estados ubicados en las fronteras, los gobernadores deben ser venezolanos por nacimiento, sin otra nacionalidad como lo establece el artículo 41 C. (art. 41). Sobre la noción de "Estado fronterizo" a los efectos de la aplicación de dicha norma, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha establecido el siguiente criterio:

Pues bien, a juicio de esta Sala, el concepto de frontera incluye en el vigente ordenamiento jurídico un tratamiento que abarca aspectos espaciales y de seguridad y defensa de la nación, que no pueden ser tratados de manera separada.

Tampoco distingue el constituyente venezolano entre fronteras naturales como las terrestres, insulares, lacustres y marítimas y las fronteras artificiales, entre las que se podrían encontrar los puentes, señales u otra de creación humana; por el contrario, se amplía el concepto de frontera dentro del marco espacial y de seguridad y defensa de la nación, ya mencionado.

De todo lo antes expuesto, interpreta esta Sala que, la expresión "estado fronterizo" a que alude el artículo 41 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, abarca en el ámbito espacial, tanto las fronteras naturales como las artificiales, por lo que los venezolanos por naturalización no podrían optar y ser elegidos para ejercer los cargos referidos en dicho articulado, respecto a cualquiera de los estados fronterizos, salvo la excepción contenida en el único aparte del artículo 40 del Texto Fundamental. Así se declara[26].

Los gobernadores deben rendir, anual y públicamente, cuenta de su gestión ante el contralor del estado y además, deben presentar un informe de dicha gestión ante los respectivos consejos legislativos y consejos de planificación y coordinación de políticas públicas (art. 161). La gobernación es por tanto, el órgano en torno a la cual se configura la Administración Pública estadal central.

Ahora bien, el régimen general de organización y funcionamiento de las gobernaciones de estado está establecido en los artículos constitucionales 161 y 162, y su contenido debía haber sido objeto de desarrollo legislativo en las Constituciones de los estados y en las leyes de la Administración estadal. Sin embargo, la Constitución de 1999, en lo que se puede considerar como una innovación respecto de la tradición constitucional precedente, establece directamente un conjunto de regulaciones relativas a la Administración Pública, que se aplican por igual a los tres niveles territoriales de gobierno (arts. 141 y ss.), las cuales, por tanto, escapan de la posibilidad de regulación por los consejos legislativos estadales en las Constituciones estadales.

Aparte de algunos principios generales sobre principios de la actividad administrativa (art. 141), creación de institutos autónomos, control del Estado sobre las entidades públicas (art. 142), y derecho ciudadano a la información administrativa (art. 243 y 156,32) que rigen por igual respecto de los entes nacionales, estadales y municipales; la Constitución regula directamente en sus artículos 144 a 148 el régimen de la función pública, el cual se aplica tanto a la Administración Pública nacional como a las Administraciones Públicas estadal y a municipal.

---

26 Véase sentencia 2394 del 28 de agosto de 2003, caso Interpretación del artículo 41 de la Constitución, *Revista de Derecho Público,* n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 202 y ss.

En ejecución de esta norma constitucional la Asamblea nacional sancionó la Ley del Estatuto de la Función Pública[27] con el objeto de regir las relaciones de empleo público entre los funcionarios públicos y "las administraciones públicas nacionales, estadales y municipales", lo que comprende tanto el sistema de dirección y de gestión de la función pública y la articulación de las carreras públicas, como el sistema de administración de personal (art. 1); indicando expresamente que "las normas que se refieren en general a la Administración Pública, o expresamente a los estados y municipios, serán de obligatorio cumplimiento por éstos" (art. 2.º). La regulación del régimen de los funcionarios públicos estadales, por tanto, dejó de ser competencia de los estados y fue centralizada en el ámbito nacional.

La ley nacional, por tanto, es la que establece la competencia de los gobernadores para ejercer la dirección y gestión de la función pública en los estados (arts. 4.º y 5.3); la competencia de las oficinas de planificación de los estados en materia de planes de personal (art. 14, único) y de registro de funcionarios públicos estadales (art. 9.º, único), y la competencia de las oficinas de recursos humanos de los estados (art. 10.º, único). Se reguló también nacionalmente el régimen del sistema de administración de personal que abarca la selección, el ascenso, la clasificación de cargos, las remuneraciones, la evaluación, la capacitación, la jornada de servicio, las situaciones administrativas, el retiro y el reingreso (arts. 40 a 78).

En la ley nacional, por otra parte, se regulan las condiciones generales para ejercer cargos en la Administración estadal (art. 17); los funcionarios de carrera (art. 19) y de libre nombramiento y remoción (art. 20) de los estados; los derechos (arts. 22 a 32) y los deberes de los funcionarios públicos estadales (arts. 33 y 34); las incompatibilidades (arts. 35 y 36); el régimen del personal contratado (art. 37), y las responsabilidades y el régimen disciplinario (arts. 79 a 89).

Además, en esta materia relativa al régimen del personal de los estados, se reserva al poder nacional la potestad, mediante "ley orgánica", para fijar los límites a los emolumentos de los funcionarios públicos estadales (art. 147); y para mediante "ley nacional" establecer el régimen de jubilaciones y pensiones para los funcionarios públicos estadales.

En cuanto a los emolumentos de los funcionarios estadales, la Asamblea Nacional sancionó la Ley Orgánica de Emolumentos para Altos Funcionarios y Funcionarias de los estados y municipios de 2002[28] en la cual se fijaron los límites máximos y mínimos de los emolumentos que devenguen los gobernadores, los Legisladores de los consejos legislativos y demás altos funcionarios de la administración pública estadal, considerando como nulas y sujetas a repetición las remuneraciones percibidas fuera de los límites establecidos directamente en la ley (arts. 4.º a 10). La ley nacional, además estableció la obligación de las administraciones públicas estadales de ajustar sus presupuestos a lo establecido en la ley (art. 12).

En esta forma, el poder legislativo estadal ha sido vaciado por la Constitución y la ley nacional.

2. *Las contralorías estadales*

En cada Estado, además, debe existir una contraloría que goza de autonomía orgánica y funcional, a la cual corresponde ejercer, conforme a la Constitución y la ley, el control, la vigilancia y la fiscalización de los ingresos, gastos y bienes estadales, sin menoscabo del

[27] *Gaceta Oficial* n.° 37.522 del 6 de septiembre de 2002.

[28] *Gaceta Oficial* n.° 37.412 del 26 de marzo de 2002.

alcance de las funciones de la Contraloría General de la República (art. 163)[29]. Se trata, también, de un órgano que integra la Administración Pública estadal, aún cuando no de la "central".

La contraloría estadal debe actuar bajo la dirección y responsabilidad de un Contralor, cuyas condiciones para el ejercicio del cargo son "las que determine la ley", la cual garantizará su idoneidad e independencia; así como la neutralidad en su designación, que debe ser mediante concurso público (art. 163).

Como se dijo, no se precisa en esta norma, cuál es "la ley" que ha de regular a las contralorías estadales, por lo que podría ser la ley nacional que regule el sistema nacional de control fiscal (art. 290); ni a qué autoridad corresponde la designación del contralor de cada estado y la realización del concurso público, la que podría ser la Contraloría General de la República, como lo propusimos[30].

Ahora bien, como se ha dicho, los estados tienen constitucionalmente competencia para "dictar su Constitución para organizar los poderes públicos, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución" (art. 164,1). Por tanto, es competencia *exclusiva* de los estados, a través de sus consejos legislativos mediante la sanción de la Constitución estadal, no sólo organizar los respectivos consejos legislativos y la gobernación de los estados, lo que como se ha visto ha sido limitado por la propia Constitución y por leyes nacionales; sino también a las contralorías estadales y a los demás órganos de los poderes públicos estadales, con la única limitación de que ello deben hacerlo "de conformidad con lo dispuesto en la Constitución". Conforme al artículo 163 del Texto Fundamental la Constitución de cada estado y la legislación estadal complementaria son las que deberían regular a las contralorías estadales conforme a los principios que establece la Constitución.

En cuanto a los contralores de los estados, la Constitución sólo dispone que las condiciones para el ejercicio de sus cargos son las determinadas por la ley; la cual sólo debía ser la ley del estado, es decir, la que se dicte por el consejo legislativo, en la cual es que debería garantizarse la idoneidad e independencia del contralor estadal, así como la neutralidad en su designación, la cual, en todo caso, debe realizarse mediante concurso público (art. 163).

Sin embargo, aquí también se ha producido una intolerable y no autorizada limitación a la autonomía organizativa de los estados, al dictarse por la Asamblea Nacional la Ley para la designación y destitución del contralor o contralora del estado de 2001[31], con el objeto de establecer los conceptos y procedimientos generales, básicos y orientadores que regulan el proceso de designación y destitución del contralor (art. 1.º).

La Ley, en definitiva, ha tenido por objeto limitar la autonomía de los consejos legislativos al atribuirse a un jurado calificador la competencia para seleccionar al contralor, el cual una vez seleccionado debe ser designado por el consejo. A tal efecto, la Ley precisa que la designación corresponde al consejo legislativo estadal mediante concurso público (art. 2.º), el cual debe garantizar la imparcialidad, publicidad y participación de la ciudadanía en el proceso mediante la conformación y juramentación del jurado calificador, el cual debe actuar ad honoren (art. 3.º).

A tal efecto, en la Ley se regula con todo detalle al jurado calificador, sus miembros (art. 6.º), su composición con la previsión de un representante del grupo parlamentario es-

---

29 Cfr. ALFONSO RIVAS QUINTERO, *Derecho constitucional,* cit., pp. 329 y ss.

30 Véase nuestro voto salvado en esta materia en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Debate Constituyente,* Tomo III, *op. cit.,* p. 193.

31 *Gaceta Oficial* n° 37.303 del 15 de octubre de 2001.

tadal ante la Asamblea Nacional (art. 7.º), sus funciones (art. 4.º) y atribuciones (art. 16); las condiciones para la realización del concurso público (art. 5.º); su organización y funcionamiento (art. 9); su designación (art. 10), su instalación (art. 11); su sede (art. 14); el quórum y de la toma de decisiones (art. 15).

La ley nacional regula además con precisión, el procedimiento para la selección del candidato para el cargo de contralor del estado al establecer los requisitos para el cargo (art. 17); la forma de la convocatoria (art. 18); y los requisitos para las postulaciones (art. 21). La Ley atribuye además al Contralor General de la República, competencia para establecer el baremo que debe regir el concurso (art. 20); regulando los criterios de evaluación y puntuación (art. 23); la preclasificación mediante la elaboración de una lista máxima de los diez que reúnan la mayor puntuación (art. 24); y la entrevista (art. 26). El jurado calificador debe oficiar al consejo legislativo estadal, el nombre y apellido del concursante seleccionado para la designación como contralor del estado (art. 27), para su designación por el mismo (art. 28).

En cuanto a la destitución de contralor del estado, la Ley también regula las causales (art. 30), y atribuye a la Contraloría General de la República a solicitud del consejo legislativo estadal, la competencia para proceder a la instrucción del expediente respectivo, el cual una vez instruido se debe remitir al consejo legislativo estadal para su consideración (art. 29), pudiendo destituir al contralor con el voto de las dos terceras partes de sus miembros (art. 31), en cuyo caso se debe proceder a convocar un nuevo concurso (art. 32).

Dicha Ley, como se señaló constituye una abierta violación nacional a la autonomía de los estados, los cuales tienen competencia constitucional a través del órgano legislativo (consejo legislativo estadal), para dictar sus propias Constituciones para organizar los poderes públicos estadales (incluida la contraloría estadal) o para dictar la ley de la contraloría del Estado; y regular por tanto, tanto la organización y funcionamiento de la contraloría estadal como órgano con autonomía orgánica y funcional y la idoneidad e independencia del contralor, como la forma de su designación mediante concurso público, que garantice la neutralidad de la designación. Conforme a la Constitución, ninguna "ley nacional" podía constitucionalmente dictarse en estas materias, lo cual ha sido ignorado por la Asamblea Nacional en su afán uniformista y centralista.

3. *El consejo de planificación y coordinación de políticas públicas*

En cada Estado, y conforme a la orientación de las reformas descentralizadoras de 1993[32], debe crearse un consejo de planificación y coordinación de políticas públicas, presidido por el gobernador e integrado por los alcaldes, los directores estadales de los ministerios y una representación de los legisladores elegidos por el Estado a la Asamblea Nacional, del consejo legislativo, de los concejales y de las comunidades organizadas, incluyendo las indígenas donde las hubiere.

Este consejo debe funcionar y debe organizarse de acuerdo con lo que determine la ley, la cual también debía ser la que dictase cada consejo legislativo estadal. No tiene fundamento constitucional alguno pretender que esa "ley" pudiera ser una ley nacional, lo cual sería contrario a la distribución vertical del poder público que regula el artículo 136 C.

Sin embargo, en este caso la Asamblea Nacional también ha dictado al Ley de los consejos estadales de planificación y coordinación de políticas públicas de 2002[33] con el objeto

32 Cfr. *Informe sobre la descentralización en Venezuela 1993. Memoria del Ministro de Estado para la Descentralización,* Caracas, 1994, p. 267.

33 Véase en *Gaceta Oficial* n° 37.509 del 20 de agosto de 2002.

de crear, organizar y establecer las competencias del consejo estadal de planificación y coordinación de políticas públicas que debe funcionar en cada estado, como órgano rector de la planificación de las políticas públicas, a los fines de promover el desarrollo armónico, equilibrado y sustentable (art. 1).

La Ley reguló con todo detalle los principios (art. 2), los lineamientos (art. 3) y el marco de referencia (art. 4) que deben seguir los consejos estadales de planificación y coordinación de políticas públicas en el cumplimiento de sus funciones; además de la organización de los mismos, en cuanto a su sede (art. 5), composición (art. 6.º), instalación (art. 7.º), elección y mandato de los representantes (art. 8.º), competencias y funcionamiento (art. 9), quórum (art. 11), toma de decisiones (art. 12), sesiones (art. 13), apoyo institucional de la Gobernación (art. 15), cooperación con otros órganos de planificación (arts. 16 a 18), financiación y el control (arts. 19 y 20) y las sanciones (art. 21).

Como puede apreciarse, en esta materia, de nuevo, se produjo un vaciamiento no autorizado de las competencias legislativas de los estados, lesionándose su autonomía.

IV. EL PRECARIO ÁMBITO DE LAS COMPETENCIAS ESTADALES CUYO EJERCICIO SE SUJETA A LO QUE DISPONGA LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Conforme a la tradición constitucional venezolana, como se ha dicho, la Constitución de 1999 conservó nominalmente la organización del Estado con forma federal, mediante un sistema de distribución del poder público en tres niveles: nacional, estadal y municipal, atribuyendo su ejercicio a diversos órganos, y asignando como se ha descrito anteriormente, competencias *exclusivas* en los tres niveles, además de las competencias *concurrentes* entre ellos, y algunas competencias *residuales* y otras *implícitas (Tercera parte, § 11)*.

La reforma constitucional de 1999, cuyo objetivo final debió haber sido perfeccionar la democracia mediante el reforzamiento de la descentralización de la Federación, debió haber revertido la tendencia histórica de los últimos 150 años de reducción y vaciamiento de las competencias de los estados y, por tanto, asignar más competencias exclusivas a los estados acordes con las realidades contemporáneas. Una de las formas de fortalecer al poder nacional sin duda, era deslastrar a la República de competencias que bien y más eficientemente se pueden cumplir a nivel estadal, al cual también debían ir competencias que históricamente se habían atribuido a los municipios, las cuales, como estos debían haberse multiplicado con regímenes diferenciados más cerca del ciudadano y de las comunidades, debían ubicarse en el nivel intermedio (estadal) de la descentralización del poder. Sin embargo, en esta materia muy poco se varió del régimen constitucional de 1961, salvo para centralizar más competencias a nivel nacional. En cuanto a las competencias exclusivas de los estados, como se ha visto, éstas son precarias y su ejercicio está sometido a lo dispuesto en leyes nacionales; en cuanto a las competencias concurrentes, su ejercicio por los estados sólo podría realizarse si se dictan leyes nacionales; y en cuanto a las competencias residuales, las mismas no sólo se establecieron a favor de los estados sino también a favor del poder nacional, y las de los estados podrían ser reducidas mediante su asunción por los órganos nacionales en virtud de la interpretación de la cláusula de las competencias implícitas.

1. *Las precarias competencias exclusivas de los estados y su ejercicio conforme a la ley nacional*

De acuerdo con la enumeración que hemos hecho precedentemente, si se analiza detenidamente el artículo 164 C., en contraste con el contenido de los artículos 156 (materias de la competencia del poder nacional) y 178 (materias de la competencia municipal), se puede constatar una precaria indicación de competencias que serían exclusivas de los esta-

dos[34], las cuales en general son sólo en forma parcial, pues su ejercicio debe realizarse con alguna sujeción a las regulaciones que dicten los órganos del poder nacional.

A. *Las competencias de orden institucional*

Desde el punto de vista institucional, se pueden identificar dos competencias exclusivas de los estados en cuanto a la organización de sus propios poderes públicos estadales y en cuanto a la organización de sus municipios.

a. *La supuesta competencia para la organización de los poderes públicos estadales*

Conforme a la Constitución, los estados tienen competencia "exclusiva" para organizar sus propios poderes públicos; competencia que sin embargo no es plena, pues ha sido vaciada de contenido por estar sujeta en una u otra forma a la legislación nacional.

En efecto el ordinal 1 del artículo 164 atribuye a los Estado, a través de sus consejos legislativos, la potestad de dictar la Constitución del Estado para organizar los poderes públicos. Este sería uno de los signos fundamentales de la autonomía de los estados, lo que debería implicar la potestad de regular la organización y funcionamiento de los órganos de los poderes legislativo (consejos legislativos) y ejecutivo (Gobernación y Administración Pública estadal) de cada Estado, así como de los otros órganos del poder público estadal como las contralorías de los estados. En cuanto al poder judicial, su organización y funcionamiento en Venezuela es de exclusiva competencia nacional.

Sin embargo, como se verá, la realidad constitucional es que las Constituciones de los estados materialmente dejaron de tener contenido propio, pues su parte orgánica, que es la única que en sentido estricto deberían tener (la parte dogmática de la Constitución sobre los derechos y garantías constitucionales es una competencia nacional), destinada a regular la organización y funcionamiento de los órganos estadales, en definitiva ha sido regulada por leyes nacionales, cuyo contenido es el que en una forma u otra se repite en los textos constitucionales estadales. Entonces, en cuanto a lo que en esta materia institucional sería de la competencia "exclusiva" de los estados, como se analizará más adelante al comentar la autonomía limitada de los mismos, la Constitución sujeta su ejercicio a la legislación nacional o directamente atribuye al poder nacional su regulación, como ocurre respecto del la organización y funcionamiento de los consejos legislativos estadales, respecto de la Administración Pública y de la función pública estadal y respecto de la designación de los Contralores de los estados.

b. *La organización de los municipios sujeta a la ley nacional*

El artículo 162 C. también atribuye a los estados, competencia "exclusiva" para organizar los municipios y demás entidades locales que se establezcan en el territorio de cada Estado así como su división política territorial, pero ello conforme a la Constitución y a la ley; y es el artículo 169 C., el que dispone que la organización de los municipios y demás entidades locales se debe regir por la Constitución, por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las *leyes orgánicas nacionales* y por las disposiciones legales que de conformidad con aquellas dicten los estados.

Se establece, así, un orden jerárquico de las fuentes legales que rigen respecto de la organización de los municipios conforme a lo cual las leyes estadales que se dicten en esta materia están sujetas a lo que establezca una ley orgánica nacional; e incluso, como antes

---

34 Cfr. en general, ALFONSO RIVAS QUINTERO, *Derecho constitucional,* cit., pp. 331 y ss.

se ha dicho, según el criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, sólo después que se dictase la ley nacional es que los estados podían ejercer su competencia en relación con la organización de sus municipios.

Como se analizará detenidamente más adelante (*Cuarta parte § 15*), la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2005 ha regulado lo fundamental de la organización municipal, dejando muy poco margen a margen a los consejos legislativos estadales para legislar en la materia. Además, en lo que se refiere a la posibilidad de creación de nuevos municipios y de las parroquias y demás entidades locales como barrios, urbanizaciones caseríos y aldeas; los requisitos y limitantes dispuestos por la legislación nacional son de tal natraleza, que materialmente la hacen casi imposible.

B. *Las materias de la competencia exclusiva de los estados*

La Constitución establece una larga enumeración de materias de la competencia exclusiva de los órganos del poder nacional (art. 156) y de los órganos del poder municipal (art. 178); en contraste con una exigua enumeración de materias que serían de la competencia exclusiva de los estados, enumeradas en el artículo 164 C., y relativas a los servicios públicos estadales, la policía estadal y la fijación del ámbito de la policía municipal; la explotación de algunos bienes y recursos; y la materia de infraestructura, básicamente vial y de transporte.

Estas, en realidad, pueden considerarse materias de la competencia exclusiva parcial, pues en muchos aspectos de las mismas materias, se asignan competencias a otros órganos del poder público.

a. *Las competencias en materia de servicios públicos*

El artículo 164.8 C. atribuye a los estados competencia "exclusiva" en materia de "creación, régimen y organización de los servicios públicos estadales". Sin embargo, ninguna norma constitucional atribuye a los estados servicio público específico alguna, por lo que esta materia, en realidad se está en presencia de una materia de la competencia concurrente con otros niveles del poder público, como las referidas a los servicios de salud, educativos o de deportes por ejemplo, cuyo ejercicio, en todo caso, requiere la sanción previa de leyes de bases por el poder nacional.

b. *La competencia en materia de policía estadal y de fijación del ámbito de la policía municipal*

Los estados tienen como materia de la competencia exclusiva "La organización de la policía y la determinación de las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal, conforme a la legislación nacional aplicable" (art. 164,6).

Esta competencia exclusiva, sin embargo, como lo dispone la norma, debe ejercerse por los estados "conforme a la legislación nacional aplicable", lo que implica una sujeción al régimen general de la policía que establezca el poder nacional.

La policía, en efecto, es una materia que la Constitución distribuye como competencia en los tres niveles de gobierno: El poder nacional tiene competencia exclusiva en materia de "policía nacional" (art. 156,6), correspondiendo al Ejecutivo nacional organizar, de conformidad con la ley, un cuerpo uniformado de policía nacional (art. 332); y el poder municipal tiene competencia exclusiva, "en cuanto concierne a la vida local", en materia de "prevención y protección vecinal y servicios de policía municipal, conforme a la legislación nacional aplicable" (art. 178,7).

En esta materia se ha dictado la Ley de Coordinación de Seguridad Ciudadana[35], con el objeto de coordinar entre los órganos de seguridad ciudadana, "sus competencias concurrentes, cooperación recíproca y el establecimiento de parámetros en ámbito de su ejercicio" (art. 1). A tal efecto, la ley definió las competencias *concurrentes*, como "aquellas facultades cuya titularidad y ejercicio le son atribuidas por igual tanto al poder nacional como al poder estadal y municipal"; como *coordinación*, "el mecanismo mediante el cual el Ejecutivo Nacional; los estados y los municipios, unen esfuerzos para la ejecución de acciones tendentes a desarrollar los principios de comunicación, reciprocidad' y cooperación que permitan garantizar la seguridad ciudadana", y por tal *seguridad ciudadana*, "el estado de sosiego, certidumbre y confianza que debe proporcionarse a la población, residente o de tránsito, mediante acciones dirigidas a proteger su integridad física y propiedades" (art. 1).

En cuanto a los órganos de seguridad ciudadana, se enumeró en el artículo 2.º de la ley a la policía nacional, que para el momento de la sanción de la ley no había sido creada; las policías de cada estado; las policías de cada municipio, y los servicios mancomunados de policías prestados a través de las policías metropolitanas; el cuerpo de investigaciones científicas, penales y criminalísticas; el cuerpo de bomberos y administración de emergencias de carácter civil; y la organización de protección civil y administración de desastre.

En cuanto al funcionamiento interno de dichos órganos, el artículo 6 de la Ley atribuyó a los tres niveles de órganos del poder público nacional, estadal y municipal, competencia para dictar las normas necesarias para establecer el régimen disciplinario aplicable a los funcionarios adscritos a los órganos de seguridad ciudadana, en atención a la naturaleza de la actividad que desempeñan y los principios establecidos en la ley (art. 6).

En cuanto al ejercicio de las competencias concurrentes entre los órganos de policía, en forma coincidente, el artículo 8 de la Ley dispuso que en los casos en que se produzca tal coincidencia mediante la presencia de representantes de los órganos de seguridad correspondientes a más de uno de los niveles del poder público, para atender una situación relacionada con competencias concurrentes, la responsabilidad de coordinación y el manejo de la misma, la debe asumir el órgano que disponga en el lugar de los acontecimientos de la mayor capacidad de respuesta y cantidad de medios que se corresponda con la naturaleza del hecho; debiendo los otros órganos darle apoyo al órgano coordinador (art. 8).

La Ley le atribuyó al Ministerio del Interior y Justicia, competencia para ejercer la coordinación de los órganos de seguridad ciudadana mediante los dos órganos que estableció: la Coordinación nacional de seguridad ciudadana y de las Coordinaciones regionales de seguridad ciudadana en los diferentes estados (art. 22), las cuales deben contar con la cooperación de los gobernadores y alcaldes (art. 23).

Por otra parte, en especial, la Ley de los cuerpos de bomberos y bomberas y administración de emergencias de carácter civil[36], reguló la prestación del servicio de bomberos y administración de emergencias de carácter civil, como una "competencia concurrente con los estados y los municipios" en los términos establecidos en la Constitución y en dicha ley (art. 11), considerando dichos cuerpos como "órganos de seguridad ciudadana, al exclusivo servicio de los intereses del Estado" (art. 2). El artículo 19 de la Ley define dichos órganos como los competentes para la prevención, preparación y atención de incendios y otras emergencias; así como para la realización de inspecciones técnicas y emisión de informes sobre las condiciones de seguridad en espacios públicos, comerciales o privados de uso público.

---

35 *Gaceta Oficial* n.º 37.318 del 6 de noviembre de 2001.

36 Véase en *Gaceta Oficial* Extra. n.º 5.561 del 28 de noviembre de 2001.

c. *Las competencias en materia de explotación de bienes y recursos*

La Constitución atribuye a los estados competencia exclusiva en materia de explotación de minerales no metálicos, salinas y ostrales, y de la administración de las tierras baldías.

En cuanto al régimen y aprovechamiento de los minerales no metálicos y las salinas, el artículo 164.5 C. asigna competencia a los estados en cuanto al "régimen y aprovechamiento de minerales no metálicos, no reservados al poder nacional, las salinas, ostrales, de conformidad con la ley". Esta materia de la competencia exclusiva se había transferido a los estados por el art. 11,2 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del poder público de 1989[37].

Ahora bien, en cuanto a su ejercicio, este debe realizarse "de conformidad con la ley", es decir, sujeto al régimen general que la Asamblea Nacional establezca en relación con "las minas e hidrocarburos... y otras riquezas naturales del país" (art. 156,16); particularmente, conforme a la competencia general del poder nacional respecto de "la conservación, fomento y aprovechamiento de los bosques, suelos, aguas y otras riquezas naturales del país" (art. 156,16); es decir conforme a las regulaciones contenidas en la Ley de Minas[38], en la Ley Orgánica del Ambiente[39] y en la Ley forestal, de suelos y aguas[40].

En cuanto a la administración de las tierras baldías que son las que al no tener dueño conforme al Código Civil, son de la titularidad de los estados, el artículo 164.5 C. la asigna a estos como competencia "exclusiva". Esta competencia, sin embargo, debe ejercerse conforme al régimen de las tierras baldías que establezca el poder nacional (art. 156.16). Además, conforme a la Disposición Transitoria décimo primera de la Constitución, "hasta tanto se dicte la legislación nacional relativa al régimen de las tierras baldías, la administración de las mismas continuará siendo ejercida por el poder nacional, conforme a la legislación vigente". La Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola, en todo caso, ha declarado en forma general a las tierras baldías como bienes del dominio público[41].

d. *Las competencias en materia de infraestructura*

La Constitución asigna a los estados competencia exclusiva en una serie de materias vinculadas a la infraestructura, particularmente en materia de obras públicas, vialidad y transporte acuático y aéreo.

En efecto, en materia de obras públicas estadales puede decirse que al atribuirse al poder nacional competencia exclusiva en materia de obras públicas nacionales (art. 156,20), corresponde entonces a los estados la competencia exclusiva en materia de obras públicas estadales.

En materia de vialidad estadal, la Constitución atribuye a los estados competencia exclusiva en materia de "ejecución, conservación, administración y aprovechamiento de las vías terrestres estadales" (art. 164,9). Estas serían "las que conforman la red vial dentro del territorio de cada Estado, con exclusión de las vías de comunicación nacionales que se encuentren en el mismo y de las vías urbanas municipales", tal como las definió en su momento, el artículo 6 del Reglamento Parcial nº 7 LOD en materia de vialidad terrestre de

---

37 Véase en *Gaceta Oficial* Extra. n.º 4.153 del 28 de diciembre de 1998.

38 Véase en Ley de Minas (decreto ley n° 295) en *Gaceta Oficial* Extra. n.° 5.382 del 28 de septiembre de 1999.

39 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 31.004 del 16 de junio de 1976.

40 Véase en. *Gaceta Oficial.* Extra. n.º 1.004 del 26 de enero de 1966.

41 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 35.771 del 18 de mayo de 2005.

1993[42]; siendo vías de comunicación nacionales, "las carreteras que atraviesan un Estado y salgan de sus límites" (art. 4,1). La Ley de Tránsito y Transporte Terrestre[43] en todo caso, ha definido a las "vías de comunicación estadales las que constituyen la red vial dentro cada estado, con exclusión de las vías de comunicación nacionales que se encuentren en el mismo" (art. 91).

En todo caso, la precisión del ámbito de la materia objeto de esta competencia exclusiva es esencial, ya que el artículo 156 asigna al poder nacional competencia en cuanto al "sistema de vialidad y de ferrocarriles nacionales" (ord. 27); y el artículo 178,2 atribuye a los municipios competencia en materia de "vialidad urbana". La Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, en todo caso, les atribuyó a los estados la ejecución, conservación, administración y aprovechamiento de las vías terrestres estadales, así como la circulación en el ámbito estadal (art. 5)

Además, los estados tienen competencia en cuanto a la administración de la vialidad nacional siguiendo la decisión descentralizadora adoptada por la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del poder público de 1989 (art. 11.3). En efecto, el artículo 164.10 C. asigna competencia exclusiva a los estados en materia de "conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales... en coordinación con el poder nacional". Esta competencia no sólo está sujeta al ejercicio de la competencia nacional en materia de "sistema de vialidad y ferrocarriles nacionales" (art. 156,27) sino a "la coordinación con el poder nacional" que éste debe regular, a cuyo efecto, la mencionada Ley de Tránsito y Transporte Terrestres reconoció la competencia de los estados en materia de la conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales en coordinación con el Ejecutivo Nacional, en los términos previstos en dicha Ley (art. 5). La Ley, además, estableció que entre las autoridades administrativas encargadas de controlar y hacer cumplir la regulación del tránsito y transporte terrestre, estarían "las policías estadales de circulación" (arts. 7.2 y 13).

La Ley, por ejemplo, en su artículo 97, atribuyó al Ministerio de Infraestructura competencia exclusiva para establecer, mediante Resolución, las normas y procedimientos técnicos para la fijación de las tarifas a ser aplicadas por los estados y los concesionarios que administran la infraestructura vial. En todo caso, para la fijación de las tarifas que se pueden cobrar a los usuarios por concepto de peaje por la utilización de las carreteras, puentes, túneles y autopistas que constituyen la red vial nacional y estadal, la gobernación del estado o autoridad estadal competente, debe elaborar la propuesta del pliego tarifario, con sujeción a las normas y procedimientos técnicos que establezca el Ministerio de Infraestructura, y la debe someter a éste para su aprobación o no. El Ministerio de Infraestructura tiene un plazo de 60 días hábiles para pronunciarse, contados a partir de la fecha de recepción de la correspondiente solicitud. De aprobarse el pliego tarifario, que será publicada en la *Gaceta Oficial*, el Ministerio mediante Resolución debe fijar las tarifas, pudiendo ajustar el monto propuesto por el estado. De no aprobar el pliego tarifario, el Ministerio lo debe comunicar a la gobernación del estado o autoridad estadal competente, según el caso, no pudiéndose variar el monto de las tarifas que se estén cobrando a los usuarios. En todo caso, la Ley, en su artículo 98 declara que no tiene efecto alguno la fijación de tarifas por concepto de peajes en contravención de lo dispuesto en dicha norma y su incumplimiento acarrea la intervención de la correspondiente estación recaudadora por parte del Ejecutivo nacional.

---

42 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 35.327 del 28 de octubre de 1993.

43 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 37.332 del 26 de noviembre de 2001.

La Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, además, conforme lo disponía la Ley Orgánica de Descentralización y sus reglamentos, dispone que cuando las carreteras, puentes, túneles o autopistas atraviesen el territorio de dos o más estados, se deben constituir mancomunidades para operar bajo una única administración (art. 101)

En cuanto a la administración de puertos y aeropuertos comerciales, la Constitución, siguiendo también la descentralización de competencias efectuada a favor de los estados por el artículo 11,5 LOD, asigna competencia exclusiva a los estados en materia de "conservación, administración y aprovechamiento de... puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el poder nacional" (art. 164,10). En esta materia, sin embargo, la competencia estadal también es de ejercicio parcial, pues el poder nacional tiene competencia en materia de "El régimen de... los puertos, aeropuertos y su infraestructura" (art. 156,26) y en todo caso, la competencia estadal debe ejercerse "en coordinación con el poder nacional" conforme al régimen establecido en la legislación nacional.

En materia de puertos se ha dictado la Ley General de Puertos[44], a los efectos de regular la competencia del poder público en materia portuaria, lo que comprende "el régimen de los puertos y su infraestructuras; la regulación, formulación y seguimientos de políticas en materias de puertos y construcciones de tipo portuario; el establecimiento de normas y procedimientos técnicos para la construcción y mantenimiento de la infraestructura portuaria; los estudios y proyectos de desarrollo, construcción, modernización, y el mantenimiento de los puertos y construcciones de tipo portuario, conservación, administración aprovechamiento y defensa de los puertos". El artículo 9 de la Ley agrega que "la coordinación entre los distintos niveles del poder público en el ejercicio de estas competencias", se debe desarrollar en los términos previstos en la Constitución y en dicha ley".

En tal sentido, el artículo 17 de la Ley dispone que el poder público nacional y el poder público estadal coordinarán entre sí el ejercicio de sus competencias en la materia portuaria, a cuyos fines, la autoridad acuática y las administraciones portuarias estadales deben cooperar en la planificación de la utilización del espacio portuario nacional y en la realización e implantación de los estudios y proyectos necesarios para la integración de un sistema nacional de transporte de carga.

En cuanto a los "puertos de uso comercial", respecto de los cuales los estados tienen competencias, el artículo 42 de la Ley los define como "todos los puertos públicos de uso público, e interés general". En relación con estos, dispone la misma norma, los Estados debe ejercer esta competencia de conformidad con la ley nacional y con lo que dispongan las leyes sancionadas por los respectivos consejos legislativos estadales, debiendo siempre "constituir un ente descentralizado que se encargue de la administración del puerto, u otorgarlo en concesión o habilitación".

Por último, en materia de aeropuertos, la Ley de Aeronáutica Civil[45] destina su artículo 45 a definir a los aeropuertos, distinguiéndolos entre nacionales o internacionales, los cuales pueden ser de uso comercial o estratégico. Son nacionales los destinados a la operación de vuelo dentro del territorio venezolano, e internacionales, cuando sean designados por la autoridad aeronáutica para permitir la llegada o partida, desde o hacia el extranjero.

Son de uso comercial los que exclusivamente se utilizan con fines de explotación y aprovechamiento de sus posibilidades, correspondiendo la conservación, administración y aprovechamiento de los mismos a los estados, en coordinación con el Ejecutivo nacional, de conformidad con lo establecido en la ley. En esta materia, la disposición final segunda

44 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 37.589 del 11 de diciembre de 2002.

45 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 38.226 del 12 de julio de 2005.

de dicha ley se dedicó al tema de la "revisión de convenios relativos a materia aeronáutica", disponiendo que "sin perjuicio a la descentralización de los estados", dentro de los 2 años siguientes a la entrada en vigencia de la ley, se debía proceder "coordinadamente a revisar los convenios suscritos por el estado y los establecidos entre los distintos órganos y entes del poder público, adecuándolos a la normativa establecida en esta ley".

2. *Las competencias concurrentes y su ejercicio con sujeción a la ley nacional*

A. *La concurrencia y las leyes de bases*

Además de las competencias exclusivas de cada nivel territorial, debe señalarse que la gran mayoría de las materias referidas a las competencias "exclusivas" que en los artículos 156, 164 y 178 C. se distribuyen entre los tres niveles territoriales del poder público, resultan ser en realidad materias de la competencia concurrente entre la República, los estados y los municipios, o entre la República y los municipios o entre la República y los estados.

Entre estas materias que por ser de competencia concurrente corresponden también a los estados, se pueden identificar en la Constitución algunas relativas a la protección ciudadana, es decir, policía y administración de riesgos (art. 55); al desarrollo económico, como las relativas a la ordenación y promoción del desarrollo económico y social (arts. 112, 299, 308, 309 y 310), a la promoción del desarrollo rural y seguridad alimentaria (art. 305, 306 y 307), a la ciencia y tecnología (art. 110); al desarrollo social, como la asistencia y protección social (arts. 75 a 81), a la salud (arts. 83, 84 y 85), a la vivienda (art. 82), a la educación (art. 102 a 109), a la cultura y el patrimonio histórico (art. 98 a 191), al deporte (art. 111), a la protección del trabajo (arts. 87 y ss.); y a la infraestructura y desarrollo físico, como la ordenación del territorio (art. 128), y el ambiente (arts. 127 a 129).

Sin embargo, aparte de que en la mayoría de estas materias se atribuye expresamente al poder nacional la competencia para dictar la legislación correspondiente, las mismas no pueden ejercerse por los estados sino siempre con sujeción a lo que disponga la ley nacional que se dicte. En efecto, conforme al artículo 165 C., todas estas materias deben ser reguladas mediante *leyes de bases* dictadas por el poder nacional, lo que conduce a un condicionamiento excesivo por parte de los órganos nacionales respecto de los otros niveles territoriales; y además, por leyes de desarrollo sancionadas por los consejos legislativos de los estados.

Sobre esas "leyes de bases", las cuales constituyen una novedad en el constitucionalismo venezolano, la Exposición de motivos de la Constitución que se elaboró *ex post facto,* ha indicado lo siguiente:

> En cuanto a las competencias concurrentes se adopta la experiencia de derecho comparado en materia de descentralización y se asume que las leyes nacionales tienen la naturaleza de leyes bases, en las que se establecen conceptos generales, básicos y orientadores; y las leyes estadales son leyes de desarrollo de esos principios básicos, lo que permitirá mejores condiciones para la delimitación de competencias[46].

Esta "explicación" en realidad, lo que pone de manifiesto es la inadecuada traslación de una figura desarrollada en la experiencia de estados unitarios descentralizados, como España con sus Comunidades Autónomas, totalmente extrañas a lo que debería ser una Federación. En todo caso, los proyectos de tales leyes de bases deben ser sometidos por la Asamblea Nacional, obligatoriamente a consulta de los estados, a través de los consejos legislativos (art. 206). Los consejos legislativos de los estados también pueden tener la iniciativa legislativa, ante la Asamblea Nacional, respecto de las leyes relativas a los estados (art. 204,8).

---

[46] *Gaceta Oficial* n.º 5.453 Extra. del 24 de marzo de 2000.

Como ejemplos de estas leyes de bases en materias de competencia concurrente, aún cuando no hayan sido sancionadas como tales ni se haya efectuado la consulta mencionada, se pueden citar las siguientes:

B. *Las competencias en materia de salud*

En materia de salud, la Ley Orgánica de Salud[47], establece que los gobernadores de los estados son los responsables en su respectiva entidad, del cumplimiento de la política nacional de salud y de la programación, organización, dirección, ejecución y coordinación de la organización pública en salud, de conformidad con las disposiciones contenidas en esta ley (art. 14); asignándole a dichos gobernadores, en el artículo 15, las siguientes atribuciones: elaborar el plan estadal de salud, de conformidad con las políticas del Ministerio de la Salud; coordinar a nivel local la ejecución de los programas de la organización pública en salud; organizar el registro estadal de la salud bajo la dirección del Ministerio de la Salud y en coordinación con el registro nacional de la salud; evaluar la situación epidemiológica de su entidad federal para la estimulación de riesgos, formulación de diagnósticos y el establecimiento de medidas preventivas, en concordancia con las políticas del Ministerio de la Salud; administrar los establecimientos de atención médica propiedad del Estado dedicados a la atención preventiva, restitutoria y rehabilitadora de la salud en los términos previstos en la ley; realizar periódicamente las actualizaciones de la certificación y la acreditación de los establecimientos de atención médica, de acuerdo con las directrices técnicas dictadas por el Ministerio de la Salud; intervenir y reestructurar, sólo a los efectos de la organización y dirección administrativa, los establecimientos públicos de atención médica y aprobar un plan de recuperación y mantenimiento de los mismos, a los fines de garantizar su buen funcionamiento, ello de conformidad con lo previsto en los reglamentos de la ley, la Ley Orgánica del Trabajo, la Ley del Estatuto de la Función Pública y las leyes estadales en materia funcional; administrar los programas nacionales y locales de asistencia social, correspondientes a su entidad territorial; administrar el Fondo estadal de asistencia social para el financiamiento de la salud, correspondiente a su entidad territorial; y promover hacia los municipios la descentralización administrativa y de gestión de los programas y actividades relacionadas con la atención médica, con la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y lo dispuesto en la ley nacional.

Por otra parte, la Ley dispone que los gobernadores deben ser los órganos de tutela de los establecimientos de atención médica propiedad del Estado.

Además, corresponde a los Ejecutivos regionales, solicitar a los alcaldes informes periódicos sobre la programación, coordinación y ejecución de los planes y programas destinados a la organización municipal de la salud, y la situación epidemiológica de los municipios, así como también rendición de cuentas periódicas del manejo presupuestario de aquellas partidas que hayan sido transferidas (art. 19).

C. *Las competencias en materia de servicios de agua potable y saneamiento*

En materia de prestación de los servicios de agua potable y de saneamiento, conforme a la Ley Orgánica para la prestación de los servicios de agua potable y de saneamiento[48], dispuso en su artículo 10, como competencia de los estados, participar en la provisión de asistencia técnica, administrativa y financiera a los municipios, distritos metropolitanos, mancomunidad de municipios, cooperativas y organizaciones comunitarias y grupos vecinales organizados, en los aspectos de la operación, mantenimiento, expansión, administra-

[47] Gaceta Oficial n.º 36.579 del 11 de noviembre de 1998.

[48] *Gaceta Oficial* Extra. n.º 5.568 del 31 de diciembre de 2001.

ción y comercialización de los sistemas de agua potable y de saneamiento, así como en el financiamiento de programas de inversión para la prestación de los servicios y de los subsidios de acuerdo a la política que establezca el poder ejecutivo nacional; aportar total o parcialmente los recursos financieros para la construcción de obras o instalaciones de infraestructura hidráulica o sanitaria que estén contempladas en los planes de desarrollo del sector para el estado correspondiente; coadyuvar en el desarrollo y gestión de los servicios en los acueductos rurales y en los desarrollos no controlados, y contribuir al funcionamiento del régimen de subsidios de acuerdo a lo establecido en el respectivo reglamento y a la política que establezca el poder ejecutivo nacional.

D. *Las competencias en materia de residuos y desechos sólidos*

Por último, conforme a la Ley de Residuos y Desechos Sólidos[49], sancionada para regular la producción y gestión responsable de los residuos y desechos sólidos, con el objeto de generar la reducción de los desperdicios al mínimo, y evitar situaciones de riesgo para la salud humana y calidad ambiental (art. 1), asignó a los estados (art. 13), las siguientes atribuciones: coordinar la elaboración de los planes estadales de gestión integral de residuos y desechos sólidos con los otros niveles de gobierno y velar por su ejecución; apoyar, técnica y financieramente en la gestión de residuos y desechos sólidos a los municipios; y diseñar y apoyar planes conjuntos con el ejecutivo nacional y los gobiernos locales para la gestión de residuos y desechos sólidos, en casos especiales como: contingencias, emergencias y catástrofes naturales.

E. *Las competencias en materia de pesca*

Por otra parte, en materia de pesca, la Ley de Pesca y Acuacultura[50], es la propia ley, en su artículo 6 la que dispone que son competencias concurrentes de los órganos del poder público nacional, estadal y municipal, dictar medidas dirigidas a: promover la pesca y la acuacultura, de acuerdo a las políticas establecidas por el Ministerio competente, organizar, desarrollar y consolidar, los asentamientos y las comunidades de pescadores artesanales; establecer incentivos financieros, comerciales, de capacitación, de infraestructura y de transferencia tecnológica; procurar el acceso directo y abastecimiento nacional de productos y subproductos pesqueros y de acuacultura; y las relativas a la vigilancia de las actividades de pesca, acuacultura y las que le fueren conexas.

Agrega además, el artículo 8 de la Ley , en cuanto a los estados, que los mismos pueden dictar leyes de desarrollo según corresponda, de acuerdo con lo establecido en la Constitución, atendiendo a las políticas y planes de desarrollo nacional que regulen las actividades de pesca, acuacultura y las que le fueren conexas; los resultados de las investigaciones realizadas por instituciones públicas o privadas de reconocida trayectoria en el sector de pesca y acuacultura; la disponibilidad de los recursos hidrobiológicos; el menor impacto social y económico negativo en las comunidades de pescadores artesanales que puedan resultar afectadas; y la participación efectiva de los diferentes representantes de las comunidades, que tengan injerencia en las actividades de pesca, acuacultura y las que le fueren conexas en los diversos niveles del poder público.

---

[49] *Gaceta Oficial* n.º 38.068 del 18 de noviembre de 2004.

[50] *Gaceta Oficial* n.º 37.323 del 13 de noviembre de 2001.

F. *Las competencias en materia de vivienda*

La Ley del régimen prestacional de vivienda y hábitat[51] reguló la vivienda como una materia de competencia concurrente entre los tres niveles de gobierno, precisando en su artículo 72, que el gobernador de cada estado debe crear un sólo organismo integral estadal de vivienda y hábitat, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de la Administración Pública, estando su funcionamiento enmarcado en las competencias y atribuciones que se le asignan en la ley.

Conforme al artículo 73 de la Ley son competencias del organismo integral estadal de vivienda y hábitat, las siguientes: formular el plan estadal anual de vivienda y hábitat, en cogestión con los municipios y dentro de las líneas estratégicas de la nación. en este sentido los planes estadales representarán la consolidación de los planes municipales, en coordinación con los consejos estadales de planificación y coordinación de políticas públicas, en una visión integradora así como la consideración de la infraestructura estadal necesaria; remitir al Banco Nacional de Vivienda y Hábitat, los planes estadales del sector vivienda y hábitat en los lapsos que éste establezca y en los términos que disponga la ley y su reglamento para su incorporación al plan nacional anual; presentar los requerimientos de recursos necesarios ante el Ministerio con competencia en materia de vivienda y hábitat, para la ejecución de los planes estadales; vigilar el cumplimiento del plan estadal anual conjuntamente con la superintendencia del sistema de seguridad social y con las comunidades, en coordinación con los consejos estadales de planificación y coordinación de políticas públicas; recibir y canalizar ante las instancias competentes las denuncias por incumplimiento a las disposiciones establecidas en el presente marco legal, y coordinar con la superintendencia del sistema de seguridad social la aplicación de las sanciones que se requieran y vigilar por el cumplimiento de las mismas; presentar un informe semestral al Ministerio con competencia en materia de vivienda y hábitat, sobre la gestión habitacional cumplida por los sectores públicos y privados en el estado, en su área de competencia; asesorar, orientar, asistir técnicamente y garantizar la transferencia de competencias al ámbito municipal y contribuir en todas las actividades que fortalezcan el desarrollo de la vivienda y el hábitat en el estado, a fin de facilitar y apuntalar la gestión de los municipios; licitar y contratar la ejecución de los proyectos de equipamientos necesarios para el hábitat en el ámbito de su competencia; fomentar programas de cooperación e intercambio entre organismos municipales de vivienda y hábitat así como coordinar con los entes locales las acciones que faciliten la ejecución de los proyectos; y promocionar, de conformidad con los lineamientos que el Ministerio con competencia en materia de vivienda y hábitat establezca al respecto, los programas y las actuaciones relacionadas con la gestión habitacional y el desarrollo urbano.

G. *Las competencias en deportes*

En cuanto al deporte, como competencia concurrente, la Ley del Deporte[52] dispone que los organismos nacionales, estatales, municipales y parroquiales, así como los organismos privados, deben prestar asistencia y protección a las actividades deportivas públicas y privadas, y conjuntamente con los particulares deben velar por su fomento y desarrollo en conformidad con los propósitos definitivos dicha ley (art. 11). Además, la Ley considera como entes del sector público de la organización deportiva del país, no sólo a los organismos públicos a nivel nacional, sino a nivel estatal, municipal y parroquial a los cuales corresponde la formulación, desarrollo y ejecución de la política deportiva, en sus respectivos

---

51 *Gaceta Oficial* nº 38.204 del 8 de junio de 2005.

52 Véase en *Gaceta Oficial* Extra. n.º 4.975 del 25 de septiembre de 1995.

niveles de conformidad con lo establecido en el plan general del deporte venezolano; y a los órganos públicos que destinen y ejecuten programas especiales dirigidos a la niñez, juventud, trabajadores, indígenas, campesinos, población penitenciaria, discapacitados y tercera edad, entre otros (art. 13).

En particular, la Ley dispone que las unidades de administración y control de la actividad deportiva de los estados dependientes del ejecutivo estatal respectivo, deben ejercer dicha gestión específica en el campo del desarrollo deportivo y la alta competencia estatal, en armonía con los lineamientos que sobre las políticas deportivas se establezcan en el plan general del deporte venezolano. (art. 23). Además, las unidades administrativas descentralizada dependiente del poder ejecutivo estatal que en cada uno de los estados, esté encargada de dirigir, planificar, ejecutar y supervisar las actividades deportivas a nivel estatal, deben hacerlo en colaboración con el Instituto Nacional de Deportes y las unidades administrativas del sector de los niveles municipal, parroquial y las entidades deportivas, a los fines de garantizar la mayor participación posible (art. 24).

H. *Las competencias en turismo*

En materia de turismo, conforme a la Ley Orgánica de Turismo[53], los estados deben ejercer las atribuciones constitucionales y legales en materia turística, de manera coordinada, armónica y con sujeción a las directrices de la política nacional de turismo sustentable, a fin de garantizar el tratamiento integral previsto en dicha ley (art. 26). Dichas actividades que competen a los estados en su ámbito territorial, "en un marco de cooperación y coordinación con el poder público nacional", conforme al artículo 27 de la ley, son las siguientes: crear la corporación de turismo estadal a objeto de impulsar la ejecución de los planes, programas y proyectos turísticos conforme a la ley, su reglamento y los lineamientos de la política turística dictada por el Ministerio de Turismo, en el plan nacional estratégico de turismo; asistir y asesorar en materia turística, a las entidades municipales ubicadas dentro de su jurisdicción; participar con los entes y organismos públicos o privados, nacionales o internacionales, en las actividades vinculadas directa o indirectamente al turismo regional; propiciar el establecimiento de centros de información y servicios turísticos; coadyuvar con el Ministerio de Turismo en el desarrollo de los espacios turísticos, conforme a lo establecido en la ley; incentivar y promover, en coordinación con entes públicos o privados, a los pequeños y medianos inversionistas o prestadores de servicios en el área turística, así como a las organizaciones de usuarios y consumidores turísticos; elaborar y mantener actualizadas las estadísticas de la oferta y la demanda turística en su territorio, con la cooperación de las autoridades municipales y del sector privado, en concordancia con los lineamientos dictados por el Ministerio de Turismo en el Plan Nacional Estratégico de Turismo; elaborar, actualizar y publicar el inventario de atractivos turísticos, prestadores de servicios turísticos y el catálogo turístico estadal.; y proteger la integridad física del turista o usuario turístico y sus bienes, en sus regiones correspondientes, en coordinación con los órganos de seguridad ciudadana".

I. *Las competencias en materia de zonas costeras*

En materia de zonas costeras, se dictó la Ley de Zonas Costeras[54], a cuyo efecto definió como tal "la unidad geográfica de ancho variable, conformada por una franja terrestre, el espacio acuático adyacente y sus recursos, en la cual se interrelacionan los diversos ecosistemas, procesos y usos presentes en el espacio continental e insular" (art. 2); declarando

53 *Gaceta Oficial* n.º 38.215 del 23 de junio de 2005.

54 *Gaceta Oficial* n.º 37.319 del 7 de noviembre de 2005.

a los organismos del poder público nacional, estadal y municipal, como responsables de la aplicación y consecución de los objetivos de dicha ley en el ámbito de sus respectivas competencias (art. 22). En particular, el artículo 24 de la ley dispuso que en las zonas costeras compete al poder público estadal: adecuar el plan estadal de ordenación del territorio a lo previsto en la ley nacional; coadyuvar con la gestión integrada de las zonas costeras en los municipios; establecer el régimen de aprovechamiento de los minerales no metálicos, no reservados al poder nacional, las salinas y los ostrales en su jurisdicción, de conformidad con la ley; recomendar al poder público nacional, una vez oída la opinión conforme a los medio de consulta y participación pública previstos en la ley, las áreas y recursos que deban someterse a un régimen de administración especial; colaborar en la implementación de programas de saneamiento ambiental, incluyendo la caracterización y señalización de las playas aptas o no, involucrando a los medios de consulta y participación pública previstos en la ley; cooperar con los municipios en la dotación de servicios y el saneamiento ambiental; establecer los mecanismos de coordinación interinstitucional estadal; y cooperar a través de sus órganos de policía en la vigilancia de las actividades que en ella se desarrollen.

A los efectos del ejercicio de dichas competencias, como lo dispone el artículo 26 de la ley, los estados deben dictar sus leyes de desarrollo de la ley, de acuerdo con los lineamientos que deriven de la política socio económica del estado y conforme a las políticas de estado relativas a la ordenación del espacio geográfico nacional, a la protección, conservación y aprovechamiento de los recursos naturales, y a la actividades a desarrollarse en las zonas costeras; todo ello, conforme al plan de ordenación y gestión integrada de las zonas costeras, asegurándose además la participación efectiva de los diferentes medios de consulta y participación pública que prevea la ley.

Corresponde al Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales asesorar y apoyar a los organismos públicos nacionales, estadales y municipales en el cumplimiento e implementación de las disposiciones establecidas en la ley, y en particular, a tales efectos, conforme al artículo 27 de la ley, debe promover mecanismos institucionales para el desarrollo de la gestión integrada de las zonas costeras así como programas de investigación y monitoreo de las zonas costeras; debe desarrollar metodologías y procedimientos para la valoración económica de los recursos naturales y para el adecuado manejo de las zonas costeras; debe mantener una base de datos actualizada con la información disponible sobre las zonas costeras; debe coordinará conjuntamente con el Ministerio de Salud y Desarrollo Social y las autoridades estadales y municipales, los programas de saneamiento ambiental de las playas, estableciendo mecanismos para la definición de las playas aptas para el uso público; y debe elaborar conjuntamente con los demás órganos competentes del estado, el proyecto del plan de ordenación y gestión integrada de las zonas costeras, y una vez oída la opinión de los medios de consulta y participación pública, para su aprobación en Consejo de Ministros.

J. *Las competencias en materia de ordenación del territorio*

La Ley Orgánica para la planificación y gestión de la ordenación del territorio de 2005[55], que derogó y sustituyó la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de 1983 y la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 1987, regula en la materia una competencia concurrente, que también corresponde a los estados, por lo que dicho texto también puede considerarse como una ley de bases.

55 *Gaceta Oficial* n.º 38.264 del 2 de septiembre de 2005.

En particular, dentro de los planes de ordenación territorial, la ley Orgánica contempla los planes estadales de ordenación del territorio, como instrumentos de planificación a largo plazo, que deben concretar las directrices del plan nacional de ordenación del territorio en el ámbito de cada estado y orientan las acciones y actividades a desarrollar por los organismos y entes públicos y privados con base a potencialidades y restricciones del territorio; y el mismo, conforme al artículo 78, debe contener lineamientos en las siguientes materias: los usos a que debe destinarse prioritariamente el territorio estadal, de acuerdo a sus potencialidades económicas, condiciones específicas, políticas de desarrollo y realidades ecológicas; la localización de las principales actividades económicas y de servicios; los lineamientos generales del proceso de urbanización y del sistema de ciudades centros poblados; la localización de las áreas naturales protegidas y áreas de uso especial; la política de incentivos que coadyuven a la ejecución del plan estadal de ordenación del territorio y los planes municipales; la localización de los proyectos de redes de servicios, corredores viales y de infraestructura en general de carácter estadal; la definición de las áreas sujetas a riesgos asociados a eventos naturales (geológicos, sismológicos, hidrológicos, inestabilidad de laderas, desertización, etc.), tecnológicos o antrópicos (desertificación, contaminación de aire, agua y suelo), así como los mecanismos adecuados para disminuir su vulnerabilidad y salvaguardar la vida y seguridad de la población; y la incorporación de los espacios que constituyan el hábitat y las tierras de los pueblos y comunidades indígenas, demarcados según la ley de la materia.

A los efectos de la elaboración del plan, en cada se estableció una comisión estadal de ordenación del territorio, presidida por el gobernador e integrada por representantes de los ministerios cuyas competencias están vinculadas al tema (art. 79). Dicha comisión debe tener como secretaría técnica la dirección estadal ambiental del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, con amplias competencias en la materia (art. 80), entre las cuales está la coordinación de la elaboración del proyecto de plan estadal de ordenación del territorio (art. 81).

Dichos planes estadales deben ser aprobados por el gobernador respectivo, previa opinión favorable de la comisión nacional de ordenación del territorio y la aprobación unánime de los ministerios representados en la comisión estadal de ordenación del territorio (art. 83), y deben publicarse en la *Gaceta Oficial* del respectivo estado. La ejecución de los planes estadales se puede llevar a cabo a través de los organismos públicos, directamente o mediante entidades creadas al efecto, y por los particulares, actuando éstos bajo la coordinación y control de los organismos públicos (art. 85), particularmente del gobernador del respectivo estado, con la asesoría de la correspondiente comisión estadal de ordenación del territorio. En ejercicio de estas facultades de control, los funcionarios competentes deben realizar las actividades necesarias para garantizar el cumplimiento de las previsiones del plan estadal y, en particular, les corresponde otorgar o negarán las constancias de uso conforme previstas en la ley orgánica, e imponer las sanciones administrativas correspondientes en caso de incumplimiento o violación a las disposiciones del plan estadal de ordenación del territorio (art. 86).

3. *Las competencias residuales no sólo estadales sino nacionales y la amplitud desmesurada de la cláusula de competencias implícitas*

Conforme a la tradición de los sistemas federales, los estados tienen competencia en todo lo que no corresponda de conformidad con la Constitución a la competencia nacional o municipal (art. 164,11). Es lo que se denomina la competencia residual de los estados.

Sin embargo, en virtud de la competencia implícita establecida a favor del poder nacional en el artículo 156.33 C., el residuo a favor de los estados puede resultar aún más exiguo y dependiente del poder nacional. Dicha norma, en efecto, atribuye al poder nacional

competencia en toda otra materia que la Constitución atribuya al poder público nacional, o que "le corresponda por su índole o naturaleza". Con ello, cualquiera de las materias de la competencia residual de los estados podría ser centralizada sin límite alguno.

Además, como excepcionalmente ocurrió en la Constitución centralista y autoritaria de 1953, la Constitución de 1999 también estableció una competencia residual a favor del poder nacional, aun cuando reducida a la materia tributaria, al asignarle competencia en materia de impuestos, tasas y rentas "no atribuidos a los estados y municipios" por la Constitución y la ley (art. 156,12).

En consecuencia, en la Constitución de 1999 se estableció una doble competencia residual: a favor del poder nacional en materia tributaria; y el resto, a favor de los estados.

V. LAS RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES COMO SUJECIÓN INSTITUCIONAL

1. *Los principios de las relaciones intergubernamentales*

Toda Federación, sea centralizada o descentralizada, está montada sobre un principio de la distribución vertical del poder público que conforme al artículo 136 C., es "entre el poder municipal, el poder estadal y el poder nacional". La coherencia y unicidad del Estado y su organización política exige que dicha distribución del poder se rija, conforme lo indica el artículo 4.º C., "por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad".

Es decir, la distribución territorial del poder público no puede, en forma ni caso alguno, atentar contra la integridad territorial de la República, cuyo territorio no puede ser afectado por el principio descentralizador, lo que impide cualquier intento separatista de parte de las entidades políticas que componen el Estado.

Por otra parte, la distribución del poder público entre la República, los estados y los municipios, exige la cooperación entre los diversos niveles territoriales para alcanzar en conjunto, los fines del Estado (art. 136); por ello, los principios de la concurrencia y corresponsabilidad de todos los entes públicos hacia los mismos fines superiores del Estado. Además, está el principio de la solidaridad entre las entidades políticas, de manera que los deberes de algunas de ellas que no puedan ser cumplidos, no excluyen la asunción de los mismos por las otras entidades políticas.

Además de los anteriores principios, el artículo 165 C., que se refiere a las competencias concurrentes entre los tres niveles territoriales del poder público (República, estados y municipios), exige que las mismas sean desarrolladas mediante leyes de bases dictadas por la Asamblea Nacional y leyes de desarrollo aprobadas por los estados, legislación que debe estar orientada por los principios de interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad.

En cuanto al principio de interdependencia, este implica que los niveles territoriales, en el ejercicio de las competencias concurrentes, deben tener relaciones de dependencia, unos respecto de otros, en forma recíproca y mutua, para lo cual la coordinación de esfuerzos es fundamental. Esta coordinación debe realizarse, fundamentalmente por un órgano intergubernamental que es el Consejo Federal de Gobierno (art. 185).

Por último, se destaca el principio de la subsidiariedad en la distribución de competencias. Si "el poder público se distribuye entre el poder municipal, el poder estadal y el poder nacional", "colocados en este orden según su cercanía con el ciudadano, sujeto protagónico de este modelo de democracia participativa" según lo expresa la Exposición de motivos de la Constitución; el principio de asignación de competencia debería estar en el primer nivel, el municipal, debiendo ser asumidas las mismas en niveles superiores, sólo en forma subsidiaria, cuando no puedan efectivamente desarrollarse en el ámbito local.

2. *Los órganos para las nuevas relaciones intergubernamentales y la solución de conflictos entre los poderes: el consejo federal de gobierno*

Una efectiva distribución del poder público entre el nivel nacional y el nivel estadal, imponía nuevas formas de relaciones políticas de carácter intergubernamental, fundamentadas en la autonomía política de las entidades territoriales cuyas autoridades, por supuesto, tenían que seguir siendo electas democráticamente.

Debía actualizarse, por tanto, el principio constitucional de que "los estados son entidades autónomas e iguales en lo político" como lo establecía el artículo 16 C. de 1961, y lo repite el artículo 159 C. de 1999; lo que excluye cualquier tipo de tutela y control político del poder nacional sobre los estados.

Las nuevas relaciones intergubernamentales, en todo caso, requieren de nuevos órganos del poder público que permitan la coparticipación efectiva y no tutelada ni por el poder nacional ni por el poder estadal en la conducción y diseño de las políticas públicas.

El artículo 185 C. establece un órgano de carácter intergubernamental, que integra los tres niveles de distribución del poder público (nacional, estadal y municipal), que es el Consejo Federal de Gobierno[56] como órgano del poder público encargado de la planificación y coordinación de políticas y acciones para el desarrollo del proceso de descentralización y transferencia de competencias del poder nacional a los estados y municipios[57].

Este Consejo está presidido por el Vicepresidente Ejecutivo e integrado por los Ministros, los gobernadores, un alcalde por cada Estado y por representantes de la sociedad organizada de acuerdo con la ley. El Consejo Federal de Gobierno debe contar con una Secretaría, integrada por el Vicepresidente Ejecutivo, dos Ministros, tres gobernadores y tres alcaldes.

Por otra parte, del Consejo Federal de Gobierno depende el Fondo de Compensación Interterritorial, destinado al financiamiento de inversiones públicas dirigidas a promover el desarrollo equilibrado de las regiones, la cooperación y complementación de las políticas e iniciativas de desarrollo de las distintas entidades públicas territoriales, y a apoyar especialmente la dotación de obras y servicios esenciales en las regiones y comunidades de menor desarrollo relativo. Corresponde al Consejo Federal de Gobierno, con base en los desequilibrios regionales, discutir y aprobar anualmente los recursos que deben destinarse al Fondo de Compensación Interterritorial y las áreas de inversión prioritaria a las cuales se deben aplicar dichos recursos.

Además, debía tenerse en cuenta que cualquier sistema de distribución territorial del poder, origina conflictos entre poderes, lo cual es natural y normal en una Federación o en cualquier esquema de descentralización política del poder público, que debían encontrar canales expeditos de solución.

---

56 Cfr. MANUEL RACHADELL, "El Consejo Federal de Gobierno y el Fondo de Compensación", *Revista de derecho,* n.º 7, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 417 a 457; EMILIO SPÓSITO CONTRERAS, "Reflexiones sobre el Consejo Federal de Gobierno como máxima instancia de Participación administrativa", *Temas de derecho administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani,* vol. II, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 827 a 863, y JOSÉ V. HARO, "Aproximación a la noción del Consejo Federal de Gobierno prrevisto en la Constitución de 1999", *Revista de Derecho Constitucional,* n.º 7, Caracas, Editorial Sherwood, 2003, pp. 161-166.

57 Este órgano intergubernamental, con el nombre de Consejo Territorial de Gobierno, se creó por decreto n.º 3104 del 12 de agosto de 1993, *Gaceta Oficial* n.º 35.273 del 12 de agosto de 1993. Cfr. los comentarios en *Informe sobre la descentralización en Venezuela 1993, Memoria del Dr. Allan R. Brewer-Carías, Ministro de Estado para la Descentralización,* 1993, pp. 214 y ss.

En los estados Unidos de América, por ejemplo, ha sido la Corte Suprema como juez constitucional, la institución que ha ido moldeando el federalismo, y lo mismo ha correspondido, en la República Federal Alemana, con el Tribunal Constitucional federal, y con el Tribunal Constitucional en el Estado español de Autonomías.

En consecuencia, la institucionalización de una Sala Constitucional en el Tribunal Supremo de Justicia, creada por la Constitución de 1999, es una pieza esencial para la solución expedita de los conflictos.

§13. El régimen para la descentralización política de la federación

I. ALGUNOS ANTECEDENTES

Cualquier análisis somero de la normativa constitucional en lo que se refiere a la diferenciación del poder público en poder nacional y poder de los estados o poder estadal, evidentemente que conduce a la apreciación de que en cuanto a atribuciones y facultades, la organización "estadal" está constitucionalmente minimizada en relación a las que se asignan al poder nacional. A lo anterior debía añadirse la minimización de la autonomía política de los estados que existió hasta 1989, dado que los gobernadores de los mismos no sólo eran designados libremente por el Presidente de la República, sino que eran agentes del Ejecutivo nacional[1].

A finales de los años ochenta, puede decirse que el régimen político entró en crisis, entre otros aspectos, por las exigencias de la democratización. Más de 10 años de planteamientos políticos y de sacudimientos a la sociedad civil, condujeron a una toma de conciencia que se catalizó en los trabajos de la Comisión para la Reforma del Estado, y que condujeron, a fines de los ochenta, a la formulación de un proyecto de reforma del Estado en cuatro frentes: reforma electoral, reforma de los partidos políticos, reforma de la forma federal del Estado (descentralización política) y reforma municipal. El descontento popular, además, se había manifestado en las elecciones municipales durante la década de los ochenta, donde la alta abstención (en un país donde ésta nunca había sido superior al 7%) fue el detonante necesario para que los partidos políticos se dieran cuenta de la gravedad de la crisis y de la necesidad de realizar las reformas, como una cuestión de supervivencia del sistema. Así, a finales de la década de los ochenta, se sentaron las bases para la reforma político estadal, con la aprobación de leyes de descentralización política, de régimen municipal y de reforma electoral.

En todo caso, la discusión política pública del tema condujo, en una primera fase, a la sanción en 1989, de la Ley relativa a la elección directa del órgano ejecutivo de los estados de la Federación, los gobernadores, buscando superar el esquema tradicional conforme al cual los gobernadores de los estados eran de la libre designación y remoción por el Presidente de la República; reflejo claro, sin duda, del esquema de Federación centralizada existente.

Conforme a esa Ley sobre elección y remoción de los gobernadores de estado[2], la primera elección de gobernadores se efectuó en diciembre de 1989. Sin embargo, era evidente que por supuesto, el problema de la crisis del federalismo del Estado venezolano no se podía resolver con la sola elección directa de los gobernadores por voto popular. Esa era, sin duda, una pieza importante que debía adoptarse en un proceso general de descentralización política a través de la redefinición del federalismo; pero reducir el problema a la sola elección directa de los gobernadores era confundir la parte con el todo, y no percatarse de que

---

1 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, t. II, "El Poder nacional, estadal y municipal", San Cristóbal y Caracas, Universidad Católica del Táchira y Edit. Jurídica venezolana, 1996, pp. 367 y ss.

2 Véase en *Gaceta Oficial* Extra. n.º 4.086 del 14 de abril de 1989.

con una reforma de esa naturaleza, realizada en forma aislada, no se solucionaba el problema de fondo global, que era el de centralismo. En efecto, nada se ganaba con elegir a los gobernadores de estado si éstos no tenían materialmente atribuciones estadales que ejercer, ya que básicamente actuaban sólo como agentes del Ejecutivo nacional. Era necesario, por tanto, que se realizara un esfuerzo adicional para comenzar el proceso de convertir a los estados de la Federación en entidades con competencias autónomas de importancia, a los efectos de que la elección de los gobernadores fuera un paso más de avance en el proceso de descentralización política. Era indispensable, por tanto, iniciar el proceso de reformulación de la Federación centralizada, de manera de cambiar el sistema de distribución de competencias entre la República a los órganos que ejercen el poder nacional (federal) y los estados, cuyos órganos ejercen el poder estadal. En definitiva, se trataba de replantearse el sistema de distribución vertical del poder público, o, en otras palabras, los términos conforme a los cuales la Constitución de 1961 regulaba el Estado federal (art. 2). Para ello se recurrió a lo que establecía el artículo 137 C. de 1961, en el cual se autorizaba al Congreso para con el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara (Diputados y Senado), para atribuir a los estados o a los municipios determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización administrativa. Como consecuencia de ello se sancionó la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público (LOD) de 28 de diciembre de 1989, que entró en vigencia el 1º de enero de 1990[3].

Debe indicarse que en la Constitución de 1999 se recogió el mismo principio del artículo 137 C. de 1961, al disponer el artículo 157 que la Asamblea Nacional, por mayoría de sus integrantes, puede atribuir a los municipios o a los estados determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización, agregando el artículo 158 que "la descentralización, como política nacional, debe profundizar la democracia, acercando el poder a la población y creando las mejores condiciones, tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales".

En la referida Ley Orgánica de descentralización, delimitación y transferencia de competencias del poder público se establecen las bases legislativas para la descentralización política de la Federación en Venezuela, mediante el reforzamiento del papel no sólo de los estados, sino incluso del antiguo Distrito Federal, al cual también debía extenderse la normativa de la ley en la medida que fuera posible (art. 2). Dicha Ley Orgánica ha continuado en vigencia después de entrada en vigencia de la Constitución de 1999, y la Asamblea Nacional incluso ha reformado alguno de sus artículos en 2003, adaptando la terminología de su articulado al texto de la Constitución[4].

Por tanto, dado que dicha ley establece las bases legales para la revitalización del federalismo en Venezuela, y aún cuando su ejecución se haya detenido a partir de 1995, a continuación analizaremos su contenido, partiendo de su objeto múltiple que se enumera en el artículo 1.º, así:

1. Desarrollar los principios constitucionales para promover la descentralización administrativa;
2. Delimitar competencias entre el poder nacional y los estados;

---

3 Véase en *Gaceta Oficial* Extra n.º 4.153 del 28 de diciembre de 19 82. Cfr. en materia de descentralización política lo expuesto ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, t. II, "Evolución histórica del Estado", cit. pp. 229 y ss.; 458 y ss.; y 536 y ss.; y t. II, "El Poder nacional, estadal y municipal", cit., y 394 y ss.

4 Ley de reforma de 14 de agosto de 2003, en *Gaceta Oficial* n.º 37753 del 14 de agosto de 2003.

4. Determinar las fuentes de ingresos de los estados;

5. Coordinar los planes anuales de inversión de las entidades federales con los que realice el Ejecutivo nacional en ellas; y

6. Facilitar la transferencia de la prestación de los servicios del poder nacional a los estados.

Debe señalarse que la Ley Orgánica de Descentralización, a pesar de haber sido publicada a fines de 1989, tampoco durante sus primeros años de vigencia fue objeto de ejecución sistemática, ni el Gobierno Nacional definió su ejecución como una política gubernamental. La descentralización, inicialmente, solo consistió en una Ley orgánica cuya ejecución parcial quedó en manos de las antiguas asambleas legislativas de los estados, las cuales aprobaron algunas leyes estadales en el ámbito de las competencias concurrentes.

En realidad, solo fue a partir de junio de 1993 y hasta febrero de 1994, cuando la descentralización se asumió como una política gubernamental, a cuyo efecto el Presidente de la República en Consejo de Ministros no sólo aprobó cerca de quince reglamentos de la Ley, sino que alentó el proceso, habiéndose suscrito los primeros convenios de transferencia de servicios en materia de competencias concurrentes, como la salud, entre la República y cinco de los estados de la Federación[5]. En esa tarea, fue fundamental la designación de un Ministro de Estado para la Descentralización[6].

II. LA DESCENTRALIZACIÓN DE LAS MATERIAS DE COMPETENCIA CONCURRENTE

1. *La enumeración de las competencias concurrentes entre los niveles del poder público*

La Ley Orgánica, luego de repetir en su artículo 3.º la enumeración de las competencias de los estados que realizaba el artículo 17 C. de 1961 (equivalente al artículo 164 C. de 1999), las que calificó como de "competencia exclusivas de los estados", estableció una lista de materias que se denominan "competencias concurrentes" y que vino a configurarse como el primer reconocimiento formal por parte de los órganos del poder nacional, en el sentido de que la Constitución, permitía identificar esas materias concurrentes entre los diversos niveles del poder público, y que por tanto, correspondían por igual a la República (poder nacional), a los estados (poder estadal), y a los municipios (poder municipal) (*Tercera parte, § 11*).

En relación a esas materias, el artículo 4.º LOD reconoció formalmente que en el país se había operado un proceso de centralización, en el sentido de que a pesar del carácter concurrente de las competencias, el poder nacional, sin embargo, las había venido asumiendo; y que por ello, en virtud de la nueva ley, se establecía como una formulación de política estatal, el que dichas materias "serán transferidas progresivamente a los estados".

En efecto, el artículo 4.º LOD establece que en ejercicio de las competencias concurrentes que establece la Constitución, y conforme a los procedimientos que esta ley señala, deben ser transferidos progresivamente a los estados, los siguientes servicios "que actualmente presta el Poder Nacional":

---

5 Véase *Informe sobre la Descentralización en Venezuela*, *1993. Memoria del Dr. Allan R. Brewer-Carías, Ministro del Estado para la Descentralización*, Caracas, 1994.

6 Véase decreto n.º 3.032 de 7 de junio de 1993 en *Gaceta Oficial* n.º 35.229 del 9 de junio de 1993.

Conforme al Parágrafo Único del artículo 1º del Reglamento parcial nº 1 LOD, sobre transferencias de servicios y competencias a los estados y sobre los acuerdos previos a la transferencia de servicios y la cogestión, dictado por decreto nº 3.250 del 18 de noviembre de 1993[7], se entiende por servicios la organización comprehensiva del personal, de los bienes y de los recursos financieros que los órganos del poder nacional destinan para gestionar las materias que los estados asuman, de conformidad con los procedimientos establecidos en la ley orgánica y en el reglamento.

Las competencias concurrentes y los respectivos servicios establecidos en el artículo 4.º LOD, constituyen actividades básicas dentro de las tareas del Estado, como servicios públicos que están destinados a la satisfacción de necesidades fundamentales de la sociedad en cada uno de los estados. De ellos, son de índole social: la educación, la salud, la protección de la familia y del menor, la atención a las comunidades indígenas, el mejoramiento de las condiciones de vida de la población campesina, los servicios de empleo, la formación de recursos humanos y de bienestar de los trabajadores, el deporte, la educación física y la recreación, la vivienda popular, urbana y rural.

Corresponden al plano cultural y científico, los servicios para la formación de la cultura, en sus diversas manifestaciones y la protección y conservación de obras, objetos y monumentos de valor histórico o artístico y la investigación científica.

Los servicios de índole económica están referidos a la planificación, coordinación y promoción del desarrollo integral del ámbito estadal, la promoción de la agricultura, la industria y el comercio y la protección a los consumidores.

Entre los servicios de índole ambiental, ordenación territorial y de infraestructura están la conservación del territorio del estado, la ejecución de obras públicas de interés estadal y la prestación de servicios públicos.

En lo atinente a la seguridad y orden público está la defensa civil.

Este conjunto de servicios a ser transferidos progresivamente a los estados constituye, en esencia, la descentralización negociada que anima la Ley Orgánica de Descentralización, mediante un proceso de concertación entre el poder nacional y los estados. Así se le debería dar respuesta a las exigencias de las regiones y comunidades en los campos social, económico, cultural, ambiental y de seguridad y orden público, aún cuando en el económico no se contempla una actividad productiva de tanta actualidad, como la información estadística y automatizada. Sin embargo, se trata de servicios que la dinámica del proceso de descentralización incluso incorporó de hecho en los acuerdos y convenios que se realizaron entre algunos estados y los órganos del poder nacional.

En algunos casos de servicios de orden social y ambiental territorial, como son la educación, la salud y la nutrición, la ordenación del territorio y la ejecución de obras públicas de interés estadal, más que una transferencia puede decirse que se trata de una delimitación de competencias entre los diversos niveles de gobierno.

Además de la anterior enumeración de servicios que el poder nacional reconoce como concurrentes y centralizados, a los efectos de su progresiva transferencia a los estados, la Ley Orgánica, en forma indirecta, establece otro conjunto de materias que se consideran como de competencias concurrentes, y que son "la prestación de los servicios públicos de agua, luz, teléfonos, transporte y gas", respecto de los cuales la ley no prescribe la necesaria transferencia progresiva a los estados, sino que se limita a establecer en el artículo 5.º

7 Véase el texto en *Gaceta Oficial* n.º 3.250 del 18 de noviembre de 1993.

LOD, como definición de política pública, que la prestación de esos servicios "podrá ser administrada por empresas venezolanas de carácter mixto, bien sean nacionales, estadales o municipales", con lo que se abría campo a la privatización parcial de esos servicios, al preverse la constitución de empresas mixtas, es decir, con participación de capital privado, en aquellos casos en los cuales dichos servicios se prestasen por empresas públicas. Era el caso del antiguo Instituto Nacional de Obras Sanitarias (INOS) para los servicios de agua en todo el territorio nacional, que fue sustituido por las empresas Hidroven y las Hidro regionales y estadales; de la antigua Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE) en las áreas donde prestaba el servicio de luz, también descentralizada con la creación de empresas eléctricas regionales; de las empresas públicas de transporte aéreo, transporte terrestre o transporte marítimo; y de la antigua empresa CORPOVEN, filial de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA) que prestaba el servicio de gas.

La política de empresas mixtas mencionadas podría originar empresas regionales (participación de varios estados y el poder nacional, como sucedió en algunos casos, de Hidros regionales), estadales (participación de los estados) o municipales (participación de los municipios).

2. *El procedimiento para la transferencia de servicios*

La Ley Orgánica estableció un procedimiento para la transferencia de los servicios del poder nacional a los estados que al momento de promulgarse la ley estaban siendo prestados por el poder nacional ("actualmente prestados" dice el artículo 6.º LOD) y que corresponden a las materias concurrentes establecidas en el antes mencionado artículo 4.º LOD; procedimiento de carácter concertado, basado en la suscripción de "convenios" o contratos públicos intergubernamentales, entre los órganos nacionales y estadales. Este procesamiento fue reglamentado en el citado Reglamento parcial nº 1 LOD[8].

A. *Iniciativa de la transferencia*

La iniciativa para la realización de la transferencia de los servicios mencionados, puede partir de los dos niveles interesados; tanto del nivel nacional como del nivel estadal.

En efecto, en primer lugar, la iniciativa para la transferencia puede partir del nivel estadal y, en particular, del gobernador del estado. En este caso, cuando el Gobernador considere que la Administración estadal pueda asumir la prestación de un servicio de los mencionados, debe hacer una solicitud al Ejecutivo nacional, a través del Ministro de Interior y Justicia, a cuyo efecto debe oír previamente la opinión del consejo legislativo o de su comisión delegada (art. 6.1).

La Ley Orgánica sólo establece el carácter obligatorio de esta consulta pero no establece que sea vinculante, por lo que aun en el supuesto de que el consejo legislativo expresase una opinión desfavorable, el Gobernador, en todo caso, podría formular la solicitud de transferencia al Ejecutivo nacional.

En estos casos de iniciativa para la realización de la transferencia de parte del gobernador de un estado, el Ministro de Interior y Justicia debe someter el programa de transferencia del servicio, en un lapso de 90 días, a la aprobación de la Asamblea Nacional o de su Comisión Delegada, el cual deberá contener, como mínimo, conforme a los artículos 2, 3 y 6 del Reglamento parcial nº 1, lo siguiente:

---

8 Dictado por el citado decreto nº 3.250 del 13 de diciembre de 1993, *Gaceta Oficial* n.º 35.359 de 13 de diciembre de 1993.

1. Las disposiciones constitucionales y legales que justifiquen cada transferencia, así como la identificación de los servicios nacionales afectados y la organización de la Administración Pública nacional a los que éstos están adscritos o que sea responsable de los mismos.

2. La determinación de las funciones y competencias, que corresponden al estado, incluidas las de supervisión, inspección y control, que quedan reservados a la Administración Pública nacional.

3. La especificación de los órganos y unidades, así como en su caso, de las entidades descentralizadas y establecimientos objeto de transferencia.

4. La relación detallada del personal objeto de transferencia, con indicación de su categoría, condiciones de empleo y retribución y situación administrativa.

5. El inventario detallado de los bienes inmuebles y muebles, así como de los restantes derechos y obligaciones, objeto de transferencia.

6. La valoración definitiva o en su defecto provisional del costo del servicio o los servicios a transferir.

7. La determinación de la capacidad económica y administrativa del Estado para la asunción de los servicios que se solicitan.

8. El inventario de la documentación administrativa relativa al servicio objeto de transferencia.

9. El cronograma detallado del proceso de la transferencia del servicio solicitado.

Aún cuando el artículo 3.º del Reglamento parcial nº 1 LOD establece el contenido mínimo de los programas de transferencia que deben formular los gobernadores, debe indicarse que dicho programa de transferencias debe incluir los bienes y recursos financieros, así como los mecanismos específicos de supervisión y coordinación de cada uno de los servicios objeto del programa de transferencia. En tal sentido, los bienes muebles e inmuebles asignados al servicio a transferir, que antes de la transferencia sean propiedad de la República por órgano del ministerio u organismo adscrito o instituto autónomo, deben pasar a propiedad de los estados.

El personal que labore en el servicio a transferir, por su parte, también debe pasar a la Administración estadal con las mismas condiciones laborales existentes para el momento de la transferencia.

Asimismo, los recursos asignados por el poder nacional a la prestación del servicio, deben ser transferidos a los estados incorporando a los presupuestos nacionales y estadales la partida correspondiente al servicio transferido. Esta partida inicial se debe ajustar anualmente de acuerdo a la variación de los ingresos ordinarios.

En el segundo párrafo del artículo 7.º LOD, se establece que los consejos legislativos, previa aprobación del Gobernador, deben ratificar o no el acuerdo de la Asamblea nacional en un lapso de 30 días. En caso afirmativo, el gobernador le debe poner el ejecútese y se debe proceder a la celebración de los convenios respectivos, de conformidad con lo establecido en el artículo 6.2, 3, 4 y 5 LOD.

El Ejecutivo nacional, en estos casos, no puede rechazar la iniciativa del gobernador, sino que debe limitarse, por órgano del Ministro de Interior y Justicia, a someter el programa a la Asamblea nacional, incluyendo en el mismo las transferencias de bienes del personal y de los recursos financieros, así como la previsión de los mecanismos específicos de supervisión y de coordinación de cada uno de los servicios (art. 6.2).

La Ley Orgánica no precisó las facultades de la Asamblea nacional, pero al establecer que la propuesta debe ser sometida a su aprobación, ello implica que el órgano legislativo podría negarla, por lo que en los casos de iniciativa de transferencia de servicios por parte de un gobernador, ésta sólo podría ser negada si la Asamblea Nacional no le da su aprobación.

En segundo lugar, la Ley Orgánica también estableció la posibilidad de que la iniciativa de la transferencia de competencias parta del Ejecutivo nacional, por órgano del Ministerio de Interior y Justicia, Despacho al cual corresponde llevar adelante el proceso de descentralización en todo aquello que competa al Ejecutivo nacional (art. 34). En estos casos, el Ministro debe formular la propuesta de transferir el servicio, a la Asamblea Nacional, y en este caso la ley es expresa en cuanto a la facultad que le confiere a la Asamblea para acordar o negar la transferencia y modalidades de la misma. En caso de acuerdo, la Asamblea Nacional debe informar de su decisión a los consejos legislativos respectivos (art. 7.º).

Conforme al artículo 3.º del Reglamento parcial nº 1 LOD, cuando la iniciativa para la transferencia la asuma el Ejecutivo nacional, ésta debe ejercerse mediante la elaboración y presentación a la Asamblea nacional de una solicitud en la cual se especifique, como mínimo:

1. Las disposiciones constitucionales y legales que justifiquen cada transferencia, así como la identificación de los servicios nacionales afectados y la organización de la Administración Pública nacional a los que éstos están adscritos o que sea responsabilidad de los mismos.

2. La especificación de los órganos y unidades, así como en su caso, de las entidades descentralizadas y establecimientos objeto de transferencia.

3. La relación detallada del personal objeto de transferencia, con indicación de su categoría, condiciones de empleo y retribución y situación administrativa.

4. El inventario detallado de los bienes e inmuebles, así como de los restantes derechos y obligaciones, objeto de transferencia.

5. La valoración definitiva o en su defecto provisional del costo del servicio o los servicios a transferir.

6. El inventario de la documentación administrativa relativa al servicio objeto de transferencia.

En todo caso, las solicitudes de transferencia que formule el Ejecutivo nacional deben basarse en un estudio previo de su procedencia y justificación que debe someterse a la consideración de la Comisión Nacional para la Descentralización que en su momento estableció el Reglamento parcial nº 2 LOD contenido en el decreto n° 3.085 del 22 de julio de 1993 (art. 4.º).

Con posterioridad a la deliberación de la Comisión Nacional para la Descentralización, en el artículo 4.º del Reglamento parcial n° 1 LOD se prevé que el Ejecutivo nacional debe iniciar un proceso de negociación y acuerdo con el gobierno del estado respectivo en el seno de los grupos de trabajo establecidos en el artículo 6.º del Reglamento parcial nº 2 LOD contenido en el decreto nº 3.805 del 22 de julio de 1993, el cual se debe realizar en un lapso de 90 días; lapso dentro del cual se debe elaborar el programa de transferencia, el cual debe contener los elementos establecidos en los artículos 3.º y 6.º del Reglamento parcial nº 7.

Logrado el acuerdo sobre el programa de transferencia, se debe proceder de conformidad a lo establecido en el artículo 7.º LOD, y el convenio a suscribirse debe entonces ajustarse al contenido mínimo señalado en el artículo 8.º del Reglamento parcial nº 1 LOD.

En estos casos de iniciativa del Ejecutivo nacional, los consejos legislativos deben ratificar o no el acuerdo de la Asamblea nacional en un lapso de 30 días, y sólo en caso de que sea ratificado, el gobernador respectivo debe ponerle el ejecútese a la decisión del consejo, sin que tenga posibilidad legal de oponerse a ello.

B. *Las etapas del procedimiento de las transferencias de servicios*

De acuerdo al Reglamento parcial nº 1 LOD, cuando la iniciativa de la transferencia provenga del gobernador del estado, éste debe presentar las solicitudes de acuerdo a lo establecido en el artículo 2º del Reglamento, al consejo legislativo respectivo, y posteriormente, lo debe hacer ante el Ejecutivo nacional, a través del Ministerio de Interior y Justicia.

Una vez presentada la solicitud de transferencia al Ejecutivo nacional, dicho ministerio debe iniciar un proceso de negociación y acuerdo sobre ésta, en el seno de los grupos de trabajo establecidos en el artículo 6.º del Reglamento nº 2 LOD, contenido en el decreto nº 3.085 del 22 de julio de 1993, el cual debe realizarse en un lapso de 90 días; lapso dentro del cual debe elaborarse el programa de transferencia con el contenido ya indicado (art. 6.º).

Logrado el acuerdo sobre el programa de transferencia, el Ejecutivo nacional debe someterlo a la consideración de la Asamblea Nacional (art. 7.º).

Ahora bien, si se observa el procedimiento administrativo para la transferencia de competencias y de servicios, éste se ajusta a una secuencia de etapas y a una serie de requisitos a cumplir por los organismos que constituyen las partes del convenio. El proceso comienza por una primera etapa donde se establece la prioridad en cuanto a los términos de los servicios a transferir y los objetivos que con el mismo se persiguen. Es una manera de jerarquizar las áreas a transferir, de establecer los términos en que se realiza la transferencia del servicio y los propósitos estratégicos que se pretenden alcanzar con la transferencia. Paralelamente, en esta etapa se deben determinar las potencialidades y limitaciones del ámbito estadal y/o local, para llevar a cabo el proceso de transferencia. Significa realizar una evaluación técnica, administrativa, financiera y política que permita determinar la capacidad y factibilidad entre los poderes estadales y locales, para cumplir de manera eficiente y oportuna con las exigencias del proceso.

Una segunda etapa implica la elaboración del proyecto de transferencia, el cual debe contener claramente definidos los diferentes actores que participan en el proceso, los objetivos y alcances del programa de transferencia en distintos horizontes de tiempo, las modalidades y mecanismos de negociación, las funciones y competencias para los diferentes niveles de gobierno, los recursos y fuentes financieras para el desarrollo del programa, y la asignación de recursos económicos, materiales y bienes y la organización del personal en el programa. Finalmente, también debe contener, la gestión del proceso que se define en el artículo 6.º LOD, y en el Reglamento parcial nº 1 LOD.

Una tercera etapa encierra el procedimiento administrativo del proceso de transferencia, su control, seguimiento y evaluación.

Es evidente que el proceso de transferencia tiene que cumplir una serie de requisitos tanto a nivel de los organismos estadales y/o municipales, como a nivel del poder nacional. En este contexto, las Gobernaciones y los municipios deben modernizar sus estructuras organizativas, a fin de adecuarlas a las exigencias que impone la transferencia de los servicios, de tal manera que el manejo de las transferencias se haga de la forma más eficiente. En consecuencia, es necesario establecer una organización multiforme, flexible y participativa, que permita sobreponerse a las estructuras básicas de las organizaciones tradicionales, excesivamente burocratizadas, estratificadas y centralizadas. Se hace imprescindible estructurar una organización en las gobernaciones y en los municipios, con objetivos claros que guíen su acción, dotadas con normas, procedimientos y mecanismos para una adecuada gestión, y un sistema de toma de decisiones que prive sobre criterios personales o partidistas.

Un sistema de gestión moderno y eficiente debe demostrar capacidad técnica, administrativa, de negociación, financiera y organizativa, para cumplir con las exigencias del proceso de transferencia. El nivel central, a su vez debe contar con estructuras desconcentradas en el área a transferir y brindar apoyo técnico, administrativo y financiero a los niveles estadales y municipales.

C. *Los acuerdos previos a la transferencia de servicios y la cogestión de los servicios susceptibles de transferencia*

El decreto nº 3.250 del 18 de noviembre de 1993 sobre el Reglamento parcial nº 1 LOD, en su artículo 23 dispone que, antes de la presentación de las solicitudes de transferencia, de conformidad con las previsiones contenidas en los artículos 6.º y 7.º LOD, tanto los gobernadores como el Ejecutivo nacional, pueden manifestar a la contraparte en ejercicio de derecho de iniciativa que les corresponde, su disposición a celebrar un acuerdo previo a la transferencia y a la ejecución de un período previo de cogestión del servicio o servicios de que se trate. El acuerdo previo a la transferencia del servicio debe ser celebrado por el Ministro de Interior y Justicia, el ministro al que le corresponda el servicio y el gobernador del estado respectivo, en un lapso no mayor de un mes.

Cuando la iniciativa provenga del Ejecutivo nacional, antes de la firma del acuerdo, éste debe ser sometido a la consideración de la Comisión Nacional para la Descentralización establecida en el Reglamento parcial n° 2 LOD.

El artículo 26 del Reglamento parcial n° 1 LOD establece los aspectos mínimos que debe contener el acuerdo previo a la transferencia, así:

1. Los términos, las condiciones y el alcance de la participación de la gobernación respectiva en la gestión del servicio de que se trate, incluida la participación económico financiera.

2. La designación del director o coordinador de la dependencia ministerial a la que esté adscrito el servicio solicitado, conforme a lo establecido en el Reglamento nº 4.º LOD.

3. La constitución de una comisión mixta integrada como mínimo por tres representantes del Ejecutivo nacional y tres por la gobernación del estado, con las siguientes atribuciones:

   a. Realizar los estudios necesarios para formular el proyecto del programa de transferencia del servicio en los aspectos organizativos, financieros, funcionales, de infraestructura, de personal y del cronograma de la transferencia, asimismo como del proyecto de convenio a suscribirse entre las partes.

   b. Hacer el seguimiento y evaluación de la cogestión del servicio y resolver, en su caso, las diferencias y dificultades que pudieran surgir.

   c. Estudiar las propuestas que presenten las organizaciones no gubernamentales y autoridades, e informar a los ministros y gobernadores.

   d. Asesorar la modernización organizacional de los despachos que recibirán los servicios a transferirse, así como fomentar el desarrollo de las capacidades de gestión, la profesionalización de la gerencia y la creación de mecanismos de participación de la comunidad en los servicios a transferirse.

   e. Asesorar a los ministros y gobernadores y cualquier otra atribución que estos funcionarios encomienden de común acuerdo.

Los artículos 27, 28 y 29 establecen el lapso en el cual la comisión mixta prevista en el artículo 25 del Reglamento parcial nº 1 LOD debe presentar al Ejecutivo nacional y a la gobernación del estado, el proyecto del programa de transferencia del servicio. El lapso no debe exceder de 2 años, contados a partir de la celebración del acuerdo previo. Una vez que el proyecto del programa de transferencia sea aprobado por las partes, se debe proceder según lo establecido en los artículos 6.º y 7.º LOD, según sea el caso y con lo establecido en el Reglamento parcial nº 1 LOD. El acuerdo previo finalizará con la firma del convenio de transferencia del servicio.

A título de ejemplo, podría concebirse un acuerdo tipo entre los órganos del poder nacional y la gobernación del estado para la regulación de la presentación de un servicio en proceso de transferencia; etapa previa a la elaboración del programa de transferencia y a la firma del respectivo convenio, que requiere de ciertas pautas.

Dichos acuerdos deberían comenzar por identificar las partes intervinientes y a las personas que las representan, así como el objetivo, que es la promoción de transferencia de servicio específico de conformidad con lo establecido en el artículo 4.º LOD y el Reglamento parcial nº 1 LOD.

La primera cláusula debería referirse a la intención de acordar en la regulación de las relaciones interinstitucionales, en la etapa previa a la transferencia del servicio de que se trate.

Mediante la segunda cláusula se debería acordar la designación del funcionario responsable de la dirección del servicio en el estado de acuerdo con el Reglamento parcial nº 4 LOD.

La tercera cláusula debería asignar las funciones de coordinación y ejecución del servicio al Ejecutivo del estado, de acuerdo con los lineamientos nacionales, como ente rector del mismo.

La cuarta cláusula debería crear una comisión mixta que tiene la importante tarea de elaborar el programa de transferencia que ha de conocer la Asamblea Nacional. En esta comisión mixta debe participar un representante del Ministerio de Interior y Justicia, uno del organismo que transfiere el servicio y otro del Ejecutivo estadal.

La quinta cláusula debería facultar a la comisión mixta para formular el programa de transferencia del servicio y su cronograma, oír la opinión de entidades no gubernamentales e informar a los signatarios del acuerdo, recomendar fórmulas para mejorar la gestión del servicio y presentar el programa a los jerarcas de los organismos involucrados, a quienes además también podrían asesorar.

El acuerdo requiere de un cruce de información fluido y permanente entre los organismos signatarios en relación con el servicio.

D. *Los convenios de transferencia*

a. *El marco regulador*

En todo caso en que, conforme al procedimiento antes mencionado, el programa de transferencia sea aprobado, debe procederse a la celebración de un convenio entre la República, por órgano del Ministro de Interior y Justicia y el gobernador del estado respectivo, el cual debe tener el siguiente contenido (art. 6.2 a 6.5 y art. 7 LOD):

1. La descripción del programa de transferencia del servicio, con inclusión de las transferencias de bienes, personal y recursos financieros, así como el establecimiento de los mecanismos específicos de supervisión y de coordinación de cada uno de los servicios (art. 6.2).

2. El traspaso en propiedad al estado, de los bienes muebles e inmuebles asignados al servicio a transferir y que sean de propiedad de la República o de los "entes autónomos" (así lo señala el artículo 6.3), debiendo entenderse por esa expresión, el organismo descentralizado que preste el servicio a nivel nacional (por ejemplo, un instituto autónomo).

3. La indicación del personal que labore en el servicio a transferir, el cual pasará a la Administración estadal, con las mismas condiciones laborales existentes para el momento de la transferencia (art. 6.4).

4. La indicación de los recursos financieros asignados por el poder nacional a la prestación del servicio y que serán transferidos a los estados con la indicación de las partidas presupuestarias correspondientes que deben ser incorporadas al presupuesto nacional y al presupuesto del estado. La Ley Orgánica precisa que esta partida inicial se debe ajustar anualmente de acuerdo a la variación de los ingresos ordinarios (art. 6.5).

De acuerdo con el artículo 8.º del Reglamento parcial nº 1 LOD, los convenios de transferencia de servicios deben contener, como mínimo, los aspectos siguientes:

1. Objeto del convenio, alcance y cronograma de la transferencia. «

2. La delimitación de competencias entre el poder nacional y el estado correspondiente, en la materia de que se trate.

3. Normas que definan la supervisión técnica, asesoría, administración de la gestión, participación de la comunidad de ser procedente, así como la evaluación y control del servicio a transferir.

4. Los aspectos referidos al personal que se transfiere, su gestión futura y la política de personal, las condiciones laborales, el tratamiento de las prestaciones sociales, sus intereses y su valor, así como lo relativo al entrenamiento del personal.

5. Los bienes adscritos a los servicios transferidos, señalando la forma en que se realizará la transferencia de éstos y su inventario.

6. Los recursos financieros, indicando el régimen presupuestario que se adoptará y la manera en que se considerarán los recursos internacionales, si los hubiese; el tratamiento de las obligaciones contraídas con terceros y la revisión periódica de los procedimientos de asignación de recursos.

7. Los aspectos relativos a la coordinación y cooperación en la prestación de los servicios, indicando la coordinación y cooperación con las alcaldías, el suministro de información, la compatibilidad de planes y proyectos y la cooperación internacional.

8. Aspectos relativos al proceso de descentralización y desconcentración de los servicios transferidos hacia los municipios, pudiendo establecerse figuras como la cogestión de servicios entre los niveles estadal y municipal.

9. El establecimiento de comisiones de seguimiento de las transferencias, constituidas entre el Ejecutivo nacional y estadal para la supervisión del cronograma acordado, y resolver las dudas y controversias que pudieran presentarse en la ejecución del programa de transferencia y el cumplimiento de los otros convenios que se firmen con relación a los servicios transferidos.

10. Las disposiciones finales necesarias referidas a los diferentes anexos al convenio, a su modificación, su revisión y al domicilio de éste.

b. *El objeto, alcance y cronograma de la transferencia*

El objeto del convenio debe hacer referencia a los propósitos y los lineamientos de la transferencia del poder nacional al estado, de conformidad con el programa de la misma aprobado por el Senado y publicado en la *Gaceta Oficial*.

El alcance de la transferencia debe referirse al órgano que transfiere el o los servicios, en este caso el ministerio u organismo adscrito y al órgano que recibe el servicio determinado en el convenio, en este caso el gobierno del estado. Debe incluir lo especificado en el programa de transferencia, relativo a los recursos humanos que laboran en ellos, los bienes muebles e inmuebles y los recursos financieros que tienen asignados en el estado el organismo del poder nacional que transfiere el servicio. En el caso de que funcionen en el estado otros entes autónomos adscritos al ente rector prestador del servicio y, siempre que dichos servicios sean transferibles, se puede celebrar convenios específicos complementarios al convenio principal. Por ejemplo, es el caso de los servicios de salud prestados por el Ministerio de Salud y por órganos adscritos.

El cronograma de la transferencia se refiere a los lapsos para que opere la misma, en forma efectiva, respecto de los servicios a los que se refiere al convenio. Debe tenerse en cuenta que la transferencia puede hacerse de manera progresiva, según el tipo de servicios de que se trate y que la transferencia deberá realizarse dentro de un plazo de 90 días continuos, contados a partir de la fecha de aprobación del cronograma por la comisión de alto nivel, creada al momento de la firma del convenio e integrada por dos representantes de la gobernación del estado, uno del Ministerio de Interior y Justicia y dos del ministerio o instituto que transfiere el servicio.

c. *La delimitación de responsabilidades ínter gubernamentales*

Uno de los asuntos más importantes de la descentralización es el establecimiento de las responsabilidades correspondientes a cada nivel territorial de gobierno; tarea que se deja al proceso de negociaciones entre cada ministerio o instituto autónomo y las gobernaciones del estado.

En tal sentido, no existe un patrón único para fijar las responsabilidades o funciones propias que corresponden al poder nacional, por cuanto ello depende de la naturaleza, objeto, funciones y características de cada organismo en particular. Sin embargo, con base en los antecedentes expuestos y las negociaciones concluidas en 1993 en relación con el sector salud, se pueden establecer las siguientes, como funciones propias de los órganos del Poder Nacional:

1. La planificación del servicio a nivel nacional.
2. La definición de las políticas nacionales.
3. Las relaciones internacionales en la materia.
4. El establecimiento de la normativa general del servicio.
5. La evaluación de los procesos y resultados y la normativa sobre la evaluación del servicio.
6. El establecimiento, seguimiento y control del sistema nacional de información y estadística.
7. La asistencia financiera, técnica y científica del sector o servicio.
8. El establecimiento de las políticas de adiestramiento y capacitación del personal.
9. La fijación de los indicadores de la prestación del servicio.
10. La cooperación con los estados y municipios para la adecuada gestión del servicio.

En cuanto a las responsabilidades a nivel estadal, las mismas se refieren, en general, a la gestión operativa del servicio, es decir, a la prestación directa de los servicios, construcción de obras y gestión administrativa correspondiente. Así, en general se puede plantear que serían responsabilidades de cada estado:

1. La formulación de los planes y programas estadales en la materia, en cumplimiento de las políticas nacionales del sector.
2. La administración de los órganos y servicios del sector en cada Estado.
3. La formulación y ejecución del presupuesto estadal.
4. La construcción y mantenimiento de la infraestructura e instalaciones estadales para la prestación del servicio.
5. La gestión del personal, incluyendo la selección, dirección, organización, administración, programación, supervisión y evaluación.
6. La adquisición, administración, distribución y asignación de los equipos y suministras de los servicios transferidos.
7. La administración del sistema estadal de estadística e informática y de su inserción en el sistema nacional sectorial.
8. La ejecución de las políticas nacionales de adiestramiento y capacitación de personal.
9. La captación y asignación de recursos para el financiamiento del servicio.
10. El establecimiento de los mecanismos de participación de la sociedad civil en la gestión del servicio.

d. *Las condiciones de ejercicio de las competencias*

El ejercicio de las competencias por las partes involucradas en el convenio debe realizarse observando un conjunto de condiciones relativas a la normativa legal vigente, a normas y procedimientos, a asesoría en materia de programas de inversión, de ejecución física de obras y de asesoría en la elaboración del presupuesto; sobre mecanismos de modernización de administración y gestión, mecanismos de participación de la comunidad y normas de evaluación y control. Todas estas son condiciones para el ejercicio eficiente dentro de la rigurosidad legal y técnico administrativa que exige observar el convenio.

En efecto, el gobierno estadal debe tomar en consideración los criterios de dirección técnica, normas administrativas y de coordinación relacionadas, establecidas en las leyes nacionales en sus reglamentos, resoluciones y demás normas en vigencia que rigen la materia sobre el servicio transferido.

Por otra parte, los manuales de normas y procedimientos establecidos para la ejecución de los programas del o de los servicios transferidos, deben ser los instrumentos a aplicarse en el proceso de supervisión técnico normativas tanto por parte de las autoridades estadales como nacionales, dadas las exigencias que impone administrar adecuadamente el servicio.

En cuanto a la asesoría y aprobación de programas de inversión, se trata de la asesoría que debe brindar el ministerio u organismo adscrito que transfiere el servicio en cuanto a programas y proyectos de construcción, remodelación y ampliación de obras y edificaciones relacionadas con el servicio transferido.

Además, a solicitud de la autoridad regional, el ministerio u organismo adscrito respectivo debe brindar asesoría en materia de los presupuestos programas anuales, de acuerdo con la normativa y los procedimientos establecidos por el poder nacional.

En cuanto a la administración de la gestión, se refiere a la modernización de la estructura organizativa de las gobernaciones, en particular en cuanto al establecimiento de mecanismos que le permitan cumplir una gestión moderna, ágil y eficiente, en relación con el servicio transferido. Se hace imprescindible establecer una organización que posea mecanismos de gestión adecuados y un sistema de toma de decisiones que supere los criterios personalistas.

Por otra parte, la participación de la comunidad debe asegurarse, mediante la creación de los mecanismos y las instancias a través de la promoción de las organizaciones sociales con interés en el servicio transferido, tanto a nivel estadal como municipal.

Por último, en cuanto a los trámites y procedimientos administrativos en curso de tramitación correspondiente a los servicios objeto de transferencia, deben entregarse al estado para su resolución, a la fecha de entrada en vigor de la transferencia de que se trate. En este contexto, el artículo 11 del Reglamento parcial nº 1 LOD, añade, además, que los recursos administrativos que se puedan formular contra las decisiones ya adoptadas por la Administración Pública nacional se deben tramitar y resolver por ésta. Asimismo, agrega, que las consecuencias económicas de todo orden que se derivan de las resoluciones corren a cargo de la instancia territorial que adopten la recepción definitiva. La entrega de toda clase de bienes, derechos y obligaciones debe ser finalizada en un acta levantada al efecto, en la que debe quedar constancia de la recepción por el Estado.

Lo relativo a las concesiones y contratos administrativos con terceros, el Estado beneficiario de la transferencia se debe responsabilizar de los derechos y deberes de la Administración Pública nacional desde la fecha de entrada en vigor de la transferencia.

El personal adscrito a los servicios, objeto de transferencia incluido en el programa de transferencia aprobado, pasa a depender del estado y forma parte, a todos los efectos, de su personal, a partir de la fecha de entrada en vigor de la correspondiente transferencia.

e. *Los recursos financieros del servicio*

La República debe garantizar el financiamiento de los servicios objeto de transferencia con una cantidad anual por lo menos igual al costo real de los servicios, a partir de la fecha de entrada en vigor de la transferencia.

A tal efecto, el artículo 6.5 LOD establece que los recursos asignados por el poder nacional a la prestación del servicio deben ser transferidos a los estados, incorporando a los presupuestos nacionales y estadales la partida correspondiente al servicio transferido. Esta partida se debe ajustar anualmente de acuerdo a la variación de ingresos ordinarios.

De acuerdo con lo establecido en dicha Ley, el Ejecutivo nacional debe transferir a la gobernación del estado durante el ejercicio fiscal del correspondiente año, los recursos equivalentes al monto de créditos asignados en la ley de presupuesto del año fiscal en referencia a los programas del ministerio u organismo adscrito, para financiar los gastos del servicio que se transfiere. Para cada año sucesivo, el monto de transferencia anual que debe hacer el Ejecutivo nacional a la gobernación del estado, debe ser el monto que resulte de ajustar el monto transferido en el año inmediatamente anterior de acuerdo a la variación de los ingresos estimados en la ley de presupuesto del respectivo año. Los recursos asignados en el presupuesto nacional deben ser traspasados a las partidas correspondientes según el Clasificador de partidas del presupuesto y luego transferidos a la gobernación del estado para su ejecución presupuestaria.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 17 del Reglamento parcial nº 1 LOD, los órganos del poder nacional correspondientes deben contribuir con el financiamiento de los servicios transferidos, mediante la asignación anual de recursos presupuestarios a los estados, que se deben calcular tomando como base inicial, el monto de los recursos destinados a financiar el costo real del servicio transferido contenidos en la ley de presupuesto vigente para el momento de la transferencia.

Para cada año sucesivo, el monto de la transferencia anual que debe hacer el Ejecutivo nacional a la gobernación del estado correspondiente conforme al artículo 6.5 LOD, debe corresponder a la cantidad que resulte de ajustar el monto transferido el año anterior de acuerdo a la variación de los ingresos ordinarios estimados en la ley de presupuesto del año respectivo.

Ahora bien, a los efectos de calcular el monto de los recursos presupuestarios a ser transferidos a los estados, el artículo 18 del Reglamento parcial n.° 1 LOD dispone que el costo real del servicio respectivo se debe determinar sumando:

1. El costo directo, que es la suma de los gastos de personal y de funcionamiento directamente vinculados a la prestación del servicio de que se trate en el estado respectivo, relativos a las tareas que deben desarrollarse para la producción del mismo.

2. El costo indirecto, que es la suma de los gastos de personal y de funcionamiento necesarios para realizar las funciones de apoyo, dirección y coordinación del servicio de que se trate en el estado respectivo, y que corresponda tanto a la unidad tomada como referencia a aquellas otras que colateralmente intervengan en la producción del servicio.

3. Al gasto de inversión, compuesto únicamente por los correspondientes a las acciones de conservación, mejora y sustitución de capital fijo destinado a la prestación del servicio de que se trate en el estado respectivo y, por tanto, exclusivamente los necesarios para mantener el nivel de funcionamiento del servicio.

En todo caso, en el presupuesto nacional, las cantidades que resulten conforme a lo establecido en los artículos antes indicados se deben traspasar a la partida 60 del clasificador de partidas del presupuesto, a los efectos de ser transferidos mediante dozavos a la gobernación del estado respectivo, en cuyo Presupuesto anual debe establecerse ese ingreso, como ingreso extraordinaria, a los efectos de su ejecución presupuestaria.

Si como consecuencia de la firma de convenios con organismos internacionales el ministerio u organismo adscrito obtienen de fuentes financieras de carácter internacional que impliquen recursos atinentes al servicio objeto del convenio de transferencia, estos recursos, en la proporción correspondiente, deben ser transferidos al estado a los fines de ser aplicados a los referidos programas.

A los fines de ajustar los recursos financieros a ser previstos en los proyectos de ley de presupuesto, el Ejecutivo nacional y la gobernación del estado deben convenir en revisar las normas y procedimientos para la asignación de los recursos financieros sucesivos, a fin de incorporar, de manera concertada, criterios, métodos y procedimientos que garanticen una mayor coherencia y vinculación entre los requerimientos de recursos financieros con las exigencias del servicio transferido.

Asimismo, la revisión periódica debe permitir ajustar los recursos financieros a ser previstos en los presupuestos, en función de los ingresos del estado y de los gastos que deben realizar.

f. *El régimen del personal*

De acuerdo con el artículo 14 del Reglamento parcial n.º 1 LOD, el personal adscrito a los servicios objeto de transferencia que sea incluido en el programa aprobado, a partir del momento en que se haga efectiva la transferencia queda sometido al sistema de administración de personal que rige en la gobernación del estado respectivo.

En consecuencia, en relación a los funcionarios o empleados públicos de los servicios transferidos, éstos pasan a ser funcionarios o empleados estadales, por lo que se regirán por las leyes de estatuto de la función pública de los estados, dictadas por el correspondiente consejo legislativo.

En todo caso, dispone el mismo artículo, que en los reglamentos de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público que se dicten para normar las transferencias de servicios en sectores específicos, se pueden establecer las modalidades del régimen de aplicación de estas normas.

La consecuencia del cambio de régimen jurídico, en todo caso implica que a partir del momento en que se haga efectiva la transferencia de los funcionarios o trabajadores, los respectivos cargos nacionales deben ser eliminados del registro nacional de asignación de cargos.

Debe señalarse, además, que el ministerio transferente debe notificar al personal de manera individual y por escrito, su paso a la Administración de la gobernación; asimismo debe notificar al Ministerio del Trabajo, al Ministerio de Planificación, al Ministerio de Finanzas, al Ejecutivo estadal y a los demás entes indicados en la ley.

Por último, en general deben exceptuarse del proceso de transferencia de personal aquél que haya sido jubilado, el incapacitado, el que se encuentre en proceso de jubilación, y el que estando en nómina no preste sus servicios en la entidad federal receptora del servicio, o no los preste por razones de salud.

En todo caso, el cumplimiento efectivo de la transferencia de personal debe ser sometido a la revisión por las partes dentro de un lapso no mayor a los 90 días, contados a partir de la firma del convenio.

El personal del servicio transferido queda sometido, desde el momento de la firma del convenio, al sistema de administración que rige en la gobernación del estado, sin que se le pueda desmejorar en las condiciones de trabajo de las que disfrutaba al momento de su traslado administrativo a la gobernación.

Conforme al artículo 6.4 LOD, el personal transferido debe disfrutar de las mismas condiciones laborales existentes al momento de la transferencia del servicio, a cuyo efecto las condiciones laborales se deben indicar en el listado de convenciones colectivas que se debe anexar al convenio.

Conforme a estos lineamientos, el artículo 15 del Reglamento parcial nº 1 LOD insiste en que el personal debe ser transferido en las mismas condiciones laborales existentes para el momento de la transferencia. En consecuencia, en el convenio de transferencia debe garantizarse al personal del servicio transferido, la remuneración y demás derechos reconocidos en las leyes, contratos, convenios y acuerdos que para el momento de la transferencia se hayan celebrado con el órgano nacional correspondiente.

En todo caso, la gobernación del estado debe garantizar al personal del servicio transferido la remuneración y demás derechos reconocidos en las leyes, contratos, convenios vigentes y acuerdos celebrados por el ministerio u organismos adscritos. A su vez, el Ejecutivo nacional debe obligarse a tramitar ante los organismos competentes, en un lapso no mayor de 90 días a partir de la firma del convenio, el traspaso del monto de las partidas de los fondos correspondientes para cancelar todas las obligaciones legales o contractuales

causadas y, aún no pagadas, provenientes de los contratos colectivos, convenios, convenciones, acuerdos laudos, actas convenios o cualquier documento contentivo de dichas obligaciones vigentes, celebrados por el ministerio u organismos adscritos, antes de la firma del convenio.

Por otra parte, la consecuencia de la transferencia de personal conforme al artículo 10 del Reglamento parcial nº 1 LOD, es que el estado beneficiario de la transferencia queda automáticamente subrogado, en la fecha en que ésta entre en vigor, en los derechos y las obligaciones de la Administración Pública nacional por razón de la relación de empleo con todos y cada uno de los miembros del personal transferido, a menos que las partes acuerden otra forma de cancelar los derechos y obligaciones con los trabajadores, anteriores a la transferencia del servicio.

Este régimen general, en todo caso, conforme al Parágrafo Único del artículo 16 del mismo Reglamento parcial nº 1 LOD, puede ser modificado en los reglamentos de la Ley Orgánica de Descentralización que regulen la transferencia de competencias y servicios en sectores específicos, en los cuales puede establecerse otro régimen para la cancelación de los pasivos laborales.

En el sector salud, por ejemplo, en los convenios de transferencia de competencias que se celebraron en 1993 con los Estados Aragua, Bolívar, Carabobo, Falcón y Anzoátegui[9], se estableció que el pago de las prestaciones sociales e intereses sobre éstas acumuladas hasta la fecha de la efectiva transferencia de personal, debía ser garantizado plenamente por parte del Ejecutivo nacional, al término de la relación laboral con la gobernación. A tal efecto el Ejecutivo nacional, se obligó a:

1. Solicitar la tramitación de los fondos correspondientes ante los organismos competentes de recursos económicos para el pago de las prestaciones sociales acumuladas del personal que se transfería, hasta la fecha en que se hizo efectiva la transferencia del personal.

2. Los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales y sus intereses debían ser colocados en un fondo fiduciario que debía tener como beneficiarios a los trabajadores objeto del proceso de transferencia y como finalidad cancelar las prestaciones sociales a cada trabajador al término de su relación laboral.

En estos casos, el incremento en el valor de las prestaciones sociales derivado de aumentos salariales debía ser asumido por el Ejecutivo nacional si provenía de decretos o medidas de carácter nacional. En el caso de que la decisión proviniera del Ejecutivo regional éste lo debía asumir, a menos que las partes acordasen otra forma de asumir las obligaciones derivadas de las incidencias de los aumentos salariales en las prestaciones sociales.

g. *Los bienes adscritos a los servicios transferidos*

La transferencia de los bienes muebles e inmuebles adscritos a los servicios a transferir se debe realizar de acuerdo con lo establecido en leyes y reglamentos aplicables (Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y reglamentos, Ley Orgánica de Descentralización, y Reglamento Parcial nº 1 LOD), sin indemnización alguna.

Acordada la transferencia de bienes nacionales a los estados, debe formalizarse en acta levantada al efecto, el inventario relativo a los bienes muebles e inmuebles de manera que quede constancia de la recepción por el estado de todos y cada uno de los que efectivamente se entreguen.

---

9 Véase el texto de dichos convenios en *Informe sobre la Descentralización en Venezuela*, *1993. Memoria del Dr. Allan R. Brewer-Carías, Ministro del Estado para la Descentralización*, Caracas, 1994, pp. 623 y ss. y 825 y ss.

El estado beneficiario queda subrogado en los derechos y deberes de la Administración Pública nacional sobre los bienes transferidos a la fecha de entrada en vigor de la transferencia.

h. *La coordinación y cooperación en la prestación de los servicios*

El Ejecutivo del estado, de mutuo acuerdo con la, autoridad del ministerio u organismo adscrito en el ámbito del estado, deben establecer normas y mecanismos de coordinación y cooperación con las alcaldías del estado, con la finalidad de que los municipios, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puedan dar cumplimiento, de una manera eficiente, a los servicios que tienen encomendados conforme a la Ley Orgánica del Poder Público Municipal. La coordinación y cooperación en la prestación de los servicios entre el Ejecutivo regional y las alcaldías significa establecer y disponer de una forma metódica de sistemas y normas, de manera que puedan concurrir juntos a la prestación del servicio transferido.

Un requisito a cumplir es el establecimiento de un sistema de información estadístico que sirva de instrumento para el control y la evaluación de la ejecución de los programas del servicio transferido, así como de los efectos sociales, económicos e institucionales logrados. Un sistema de información estadística permite, además, el diseño de nuevas políticas nacionales y estadales, en materia del servicio transferido. En este sentido, la unidad o ente responsable de la prestación del servicio en el estado, debe presentar periódicamente, al ministerio u organismo adscrito, la información presupuestaria y administrativa, de acuerdo a la normativa establecida y aquellos indicadores que permitan realizar la evaluación técnica del servicio para averiguar si los resultados obtenidos se corresponden con las propuestas.

La gobernación del estado debe elaborar un plan operativo anual y el proyecto de presupuesto relacionado con el servicio de que se trate, para la entidad federal, el cual debe ser presentado al ministerio u organismo adscrito, a los fines de su análisis y de compatibilización programática con el presupuesto nacional. Dicho proyecto de presupuesto relativo al servicio deberá ser presentado en los primeros 5 días del mes de marzo, de cada ejercicio fiscal.

La información periódica de ejecución del plan operativo anual del presupuesto descentralizado de la unidad federal debe servir como instrumento para el control, la evaluación y supervisión del servicio.

Cuando el ministerio u organismo adscrito promueva, auspicie y suscriba convenios de asesoría técnica y científica relacionada con el servicio transferido, con organismos extranjeros e internacionales, tanto público como privados, debe tomar en cuenta las necesidades del estado receptor del servicio, a fin de que se beneficie de los términos de los convenios de asesoría.

El ministerio u organismo adscrito y la gobernación del estado pueden suscribir cuantos convenios de cooperación sean oportunos para el mejor desarrollo de la prestación de los servicios. Sin embargo, al momento de la firma del convenio, el Ejecutivo nacional y la gobernación del estado deben convenir en crear una comisión de alto nivel, integrada por representantes de la gobernación del estado, del ministerio u organismo adscrito y del Ministerio de Interior y Justicia.

La comisión de alto nivel debe cumplir dos funciones básicas: elaborar el cronograma del proceso de ejecución de la transferencia en un lapso no mayor de treinta días continuos, a partir de la firma del convenio; y resolver las dudas y controversias que se presenten con motivo de la ejecución del programa de transferencia y el cumplimiento del convenio y de cualquiera otros que se firmen, relacionados con el servicio transferido.

3. *Los principios de la desconcentración administrativa nacional*

Con motivo de regular las bases para el proceso de transferencia de competencias concurrentes del nivel nacional al de los estados, la ley orgánica estableció como obligación del Ejecutivo nacional el impulsar "la descentralización y la desconcentración de funciones dentro de sus respectivas dependencias, a fin de facilitar la celebración de los convenios para la transferencia de la prestación de servicios específicos". Además, dicha norma estableció el principio de que la contratación y ejecución de las obras debe siempre corresponder "a unidades desconcentradas de los organismos nacionales a nivel de cada estado, bajo la coordinación del gobernador" (art. 9).

En todo caso el Ejecutivo nacional, por órgano del Ministro de Interior y Justicia, debe informar anualmente a la Asamblea Nacional de las realizaciones en materia de descentralización y desconcentración (art. 10).

4. *La reasunción nacional de servicios transferidos*

La Ley Orgánica prevé que los servicios transferidos de conformidad con lo que antes se ha indicado (arts. 5 y 6), pueden ser reasumidos por el Ejecutivo nacional, aun cuando no precisa, en qué casos y por qué motivos podría producirse la reasunción. La Ley Orgánica se limita a establecer el procedimiento para que la reasunción se produzca, pudiendo ésta realizarse sea a iniciativa del Ejecutivo nacional o del gobernador (art. 8).

En ambos casos, tanto el Ministro de Interior y Justicia como el gobernador respectivo, deben solicitar la reversión de un servicio, es decir, su reasunción por parte del Ejecutivo nacional, ante la Asamblea Nacional. En el caso de que sea el gobernador quien solicite la reversión, debe requerir la opinión previa del consejo legislativo, la cual no es vinculante para el gobernador. Es decir, aun si el consejo da una opinión desfavorable, el gobernador puede hacer la solicitud a la Asamblea, la cual puede autorizar o no la reversión debiendo adoptar su decisión en un lapso de 90 días, debiendo comunicar su decisión al Ministro de Interior y Justicia o al gobernador según el caso (art. 8).

III. LA TRANSFERENCIA A LOS ESTADOS DE COMPETENCIAS RESERVADAS AL PODER NACIONAL

Además de la transferencia de competencias concurrentes que hubiesen sido centralizadas, la Ley Orgánica fue el primer instrumento legislativo que dio aplicación al artículo 137 C. de 1961, equivalente al artículo 157 C de 1999, a cuyo efecto dispuso en el artículo 11 la transferencia a los estados "la competencia exclusiva" en las siguientes materias:

1. La organización, recaudación, control y administración del ramo de papel sellado;

2. El régimen, administración y explotación de las piedras de construcción y de adorno o de cualquier otra especie, que no sean preciosas, el mármol, pórfido, caolín, magnesita, las arenas, pizarras, arcillas, calizas, yeso; puzolonas, turbas, de las sustancias terrosas, las salinas y los ostrales de perlas, así como la organización, recaudación y control de los impuestos respectivos. El ejercicio de esta competencia está sometido a la Ley Orgánica para la [Planificación y Gestión de la] Ordenación del Territorio y a las leyes relacionadas con la protección del ambiente y de los recursos naturales renovables;

3. La conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras, puentes y autopistas en sus territorios. Cuando se trate de vías interestadales esta competencia se ejercerá mancomunadamente, a cuyos efectos se celebrarán los convenios respectivos;

4. La organización, recaudación, control y administración de los impuestos específicos al consumo, no reservados por ley al poder nacional; y

5. La administración y mantenimiento de puertos y aeropuertos públicos de uso comercial.

La transferencia de estas competencias nacionales a los estados, para que fueran asumidas por éstos como "competencias exclusivas", sin embargo, no se operó con la sola promulgación de la Ley Orgánica, pues el mismo artículo 11, en su parágrafo único estableció que "hasta tanto los estados" asumieran estas competencias por ley especial, dictadas por los respectivos consejos legislativos (antes asambleas legislativas), se debía mantener vigente "el régimen legal existente en la actualidad" (dic. 1989)[10].

Por tanto, sólo cuándo cada estado estableciera, por ley especial, el régimen de ejercicio de estas competencias, la transferencia se producía respecto a dicha entidad, lo que significó que el proceso de transferencia en definitiva dependió de las antiguas asambleas legislativas de los estados. Esto significó que la transferencia ni se produjo a la vez en todos los estados ni necesariamente se realizó en forma uniforme. En todo caso, con la promulgación de la Ley Orgánica puede decirse que se operó una modificación o mutación de la Constitución de 1961 en virtud de la expresa disposición del artículo 137, habiendo adquirido la Ley Orgánica en ese aspecto, rango constitucional, razón por la cual ese proceso de descentralización no podía revertirse ni centralizarse de nuevo las competencias, salvo mediante una enmienda constitucional[11]. En todo caso, la Constitución de 1999 en términos generales, constitucionalizó las transferencias.

IV. LOS AVANCES DEL PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN: 1993-1994

1. *La reglamentación de la ley orgánica*

El gobierno de transición de 1993, dada la crisis política que le había dado origen[12], asumió una política clara y precisa: agilizar y profundizar el proceso de descentralización en un marco de equilibrio entre los diferentes niveles y órganos del poder público, como mecanismo para fortalecer la democracia. Para lograr este objetivo, fue necesario definir un marco normativo que sin entrabar las iniciativas de los estados, le imprimiera un sentido y una orientación al proceso, a cuyo efecto se designó un Ministro de Estado para la Descentralización.

Había para entonces la percepción de cierta anarquía o desorden que retardaba innecesariamente el proceso, y de ciertas desviaciones que lo desnaturalizaban. En realidad, muy poco se había avanzado en la transferencia efectiva de competencias y servicios desde el nivel central a los estados. Había un clima de confusión en el propio Ejecutivo nacional donde algunos ministerios realizaban planes para desconcentrarlos sin entender que el proceso deseado y delineado por las políticas nacionales tenía un carácter administrativo, pero también y quizás más importante que aquél, un carácter político.

---

10 Véase el texto de las diferentes leyes estadales en *Informe sobre la Descentralización en Venezuela*, *1993. Memoria del Dr. Allan R. Brewer-Carías, Ministro del Estado para la Descentralización*, Caracas, 1994, pp. 389 y ss. y 459 y ss.

11 Véase ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Bases legislativas para la descentralización política de la Federación centralizada (1990: El inicio de una reforma)", en ALLAN R. BREWER-CARÍAS et ál, *Leyes para la descentralización política de la Federación,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 1994, pp. 25 y ss.

12 Con motivo del enjuiciamiento del Presidente de la República que había sido electo en 1989, en junio de 1993 el Congreso designó un Presidente temporal que concluyó el mandato del Presidente suspendido.

Frente a esta realidad se imponía una actuación pronta y segura. Los gobernadores estaban conscientes de la necesidad de un cierto orden en el proceso, además que se quejaban de la lentitud del mismo. Por otra parte, había la necesidad de romper con las resistencias en algunas áreas de la Administración Pública nacional a desprenderse de importantes funciones que debían traspasarse a los estados. También era necesario realizar una intensa labor de convencimiento en todos los ámbitos de la sociedad, especialmente en, aquellos sectores que de alguna manera directa o indirecta tuviesen que ver con el proceso, o se vieran afectados por él.

Aparte de las actividades de divulgación y promoción dirigidas al general entendimiento de la verdadera naturaleza política y administrativa del proceso de descentralización, el gobierno se dedicó a establecer el marco normativo necesario para ordenar el proceso, y a crear los mecanismos institucionales que aseguraran su correcta y oportuna coordinación, asegurando la participación de todos los interesados en el mismo.

La base para la actuación en el establecimiento de las normas reguladoras del proceso era la mencionada Ley Orgánica de Descentralización. Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989. Hasta 1993 sólo se había dictado el Reglamento parcial nº 1 LOD sobre transferencia de servicios a los estados (1992), que era escueto en demasía para regular correctamente un proceso tan complejo como el de la transferencia de los servicios desde el poder central a los estados. La urgencia en las demandas para agilizar y profundizar el proceso no daba tiempo para dictar un Reglamento general de la Ley Orgánica, tarea larga y compleja, por lo que se optó por Reglamentos parciales que resolvieran los asuntos que debían ser regulados con mayor prontitud. También surgió la posibilidad de aprovechar la ley habilitante que le había otorgado poderes especiales al Presidente de la República para legislar en determinadas materias económicas y financieras, y establecer algunas normas de rango legal, como el decreto ley que reguló los mecanismos de participación de los estados y municipios en el impuesto al valor agregado y el Fondo intergubernamental para la descentralización; texto normativo que efectivamente se utilizó[13].

A. *El régimen para la transferencia de servicios a los estados*

Mediante el Reglamento nº 1 LOD, aprobado por decreto nº 3.250 del 18 de noviembre de 1993, que sustituyó el que se había dictado en 1992[14], como antes se ha analizado, se reguló en forma detallada del proceso de transferencia de los servicios que se definieron como de materias de competencias concurrentes.

El título I del reglamento se dedica a las transferencias de servicios. A tal efecto, en el capítulo I se define lo que se entiende por servicios (parágrafo único del artículo 1); se establece el contenido mínimo de los programas de transferencias mediante los cuales deben solicitarse éstas (art. 3.º); se establece que cuando la iniciativa sea del Ejecutivo nacional ésta debe basarse en un estudio previo aprobado por la Comisión Nacional para la Descentralización, pudiendo en tal caso solicitarse la transferencia, para una parte o para la totalidad de estados, si así se considerase conveniente (art. 4º).

En el capítulo II se regula el procedimiento para las transferencias de servicios, a cuyo efecto se dispone que una vez presentada la solicitud al Ejecutivo nacional, debe realizarse un proceso de negociación en el seno de los grupos de trabajo establecidos en el Reglamento parcial nº 2 LOD, el cual no debe ser mayor de 90 días (art. 6); se establece el contenido

[13] Véase el texto de dichos reglamentos en ALLAN R. BREWER-CARÍAS et ál, *Leyes para la descentralización política de la Federación,* cit. 297 y ss.

[14] Véase en *Gaceta Oficial* n.º 35.359 del 13 de diciembre de 1993.

mínimo de los convenios de transferencia a firmarse una vez lograda la aprobación de la Asamblea Nacional (art. 8); y un procedimiento de negociación entre el Gobierno nacional y los estados en el seno de los grupos de trabajo previstos en el Reglamento nº 2 LOD, cuando la iniciativa de la transferencia sea del Ejecutivo nacional, con un lapso máximo de 90 días (art. 9). De esta manera, el programa de transferencia y el proyecto de convenio que debe estudiar la Asamblea Nacional ya debe contar con el acuerdo de las partes.

En el capítulo III se regula la incidencia de la transferencia en los asuntos administrativos, en particular, lo relativo a los trámites y procedimientos en curso de tramitación (art. 11); a la entrega de los bienes, derechos y obligaciones (art. 12); a las concesiones y contratos administrativos con terceros (art. 13); y los asuntos relativos al personal adscrito a los servicios objeto de la transferencia (art. 14).

En el capítulo IV se contempla la determinación del costo de los servicios a transferir; se define lo qué se entiende por costo directo, indirecto y gastos de inversión (art. 15); se establece que la valoración de los servicios se debe realizar según el costo real durante el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior a la valoración, provisional o definitiva del costo de los servicios (art. 18); y finalmente se contempla que la República debe garantizar el financiamiento de los servicios objeto de transferencia con una cantidad anual por lo menos igual al costo real de los servicios (art. 19).

El Título II del Reglamento regula la transferencia de competencias establecidas en el artículo 11 LOD, mediante la asunción de las competencias a través de una ley especial de los consejos legislativos respectivos, que debe diferenciarse del proceso de obtención de la transferencia de los recursos, bienes y personal que el poder nacional podía destinar a la gestión de la competencia, antes de que ésta fuera asumida por el estado respectivo (art. 20). Por ello, el Reglamento establece un procedimiento de negociación de la transferencia del personal, bienes y recursos anejos a las competencias asumidas, cuando la ley especial aprobada por el consejo legislativo no establezca un mecanismo específico. Esta negociación se debe realizar a través de los comités de trabajo establecidos en el Reglamento nº 3 LOD, y no debe tener una duración superior a los 60 días (art. 21). Cuando las partes lleguen a un acuerdo se debe suscribir un convenio de acuerdo al artículo 13 del Reglamento nº 3 LOD. La entrega de los bienes, derechos y obligaciones debe formalizarse mediante acta levantada al efecto (art. 22).

Finalmente, el título III del reglamento se refiere a los acuerdos previos a la transferencia de servicios y a la cogestión previa de los servicios susceptibles de transferencia. En el capítulo I se establece la posibilidad de ellos y se expresa que cuando la iniciativa provenga del Ejecutivo nacional, antes de la firma del acuerdo, debe ser aprobada por la Comisión Nacional para la Descentralización establecida en el Reglamento parcial nº 2 LOD (art. 25); se establece el contenido mínimo de los acuerdos previos, indicándose que debía tomarse en cuenta el Reglamento nº 4 sobre nombramiento de directores de las dependencias de los ministerios y de los institutos autónomos en los estados (art. 26) que luego derogado en 1994; y se establece un plazo máximo para el acuerdo previo y la cogestión de 2 años (art. 27).

B. *El régimen sobre los mecanismos institucionales para la descentralización de la administración pública nacional*

Mediante Reglamento parcial n.º 2 LOD, dictado por decreto n.° 3.085 del 22 de julio de 1993[15], se creó la Comisión Nacional para la Descentralización como mecanismo de coordinación de las distintas dependencias del Ejecutivo nacional. También se ordenó la creación de los órganos ministeriales que se deben ocupar de liderizar el proceso en aquellos ministerios que realicen competencias transferibles a los estados. Por último, en este Reglamento se ordenó la adecuación interna de los organismos de planificación y desarrollo para que pudieran atender eficazmente el proceso de descentralización.

C. *El régimen del consejo territorial de gobierno y la organización ínter gubernamental para la descentralización*

El objeto de este Reglamento parcial nº 3 LOD aprobado por decreto nº 3.104 del 12 de agosto de 1993[16], fue el establecimiento de mecanismos de relación ínter gubernamental, que se lograron con la creación del consejo territorial de gobierno y su comité de consulta permanente; de los consejos regionales de gobierno y de los comités de trabajo de cada uno de ellos. el Reglamento también reguló los convenios de colaboración entre la Administración Pública nacional y los estados. Sus normas, sin embargo, desde la creación en la Constitución de 1999 del Consejo Federal de Gobierno (art. 185) puede considerarse que han quedado derogadas, aún cuando no se haya dictado la ley reguladora de este último órgano constitucional.

D. *El régimen sobre nombramiento de los directores o coordinadores de las dependencias de los ministerios y de los institutos autónomos en los estados*

El Reglamento parcial n.º 4 LOD, buscó resolver uno de los problemas más agudos de la estructura administrativa territorial, consistente en las relaciones que deben tener los gobernadores elegidos popularmente en los estados, con los funcionarios jefes de las unidades administrativas nacionales designados por el respectivo jerarca ministerial. El Reglamento reguló el papel de los gobernadores como coordinadores de la acción de las diversas dependencias de la Administración Pública nacional en su estado, y en consecuencia, la posibilidad que tenían de dictar órdenes e instrucciones a los funcionarios que dirigían estas dependencias.

El Reglamento estableció que los ministros debían delegar en los gobernadores, la firma de las resoluciones de nombramiento de los directores o coordinadores de sus respectivas unidades en los estados, de acuerdo con el procedimiento que se reguló en el mismo; ordenándole igualmente a los ministros la exhortación a los directivos de sus organismos de adscripción a proceder en ese mismo sentido, de acuerdo con el procedimiento allí descrito.

Así se resolvió en gran medida las diferencias de criterio que existían entre los responsables de la acción de gobierno en los estados y el gobernador. Se estableció una relación de jerarquía muy conveniente a los fines de la correcta y pronta actuación oficial bien coordinada, y se le otorgaron mayores responsabilidades a los gobernantes regionales.

---

[15] Véase en *Gaceta Oficial* n.º 35.268 de 5 de agosto de 1993. Cfr. lo expuesto en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, t. II, "El poder público nacional, estadal y municipal", cit., pp. 430 y ss.

[16] Véase en *Gaceta Oficial* n.º 3.104 de 12 de agosto de 1993. Cfr. lo expuesto en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, t. II, "El poder público nacional, estadal y municipal", cit. pp. 436 y ss.

El Reglamento fue dictado mediante decreto nº 3.109 del 19 de agosto de 1993; sin embargo, fue derogado, y sustituido por el Reglamento para coordinar las funciones del poder nacional con las de los estados en materia de transferencia de competencias[17], el cual eliminó toda injerencia de los gobernadores en la designación de los funcionarios nacionales en su entidad.

E. *El régimen sobre la desconcentración de atribuciones en materia de transporte, tránsito terrestre y vigilancia de la circulación a las gobernaciones*

La condición de agentes del Ejecutivo nacional que conforme a la Constitución de 1961 tenían los gobernadores de estado sirvió en algunos casos no previstos en la Ley Orgánica de Descentralización, como fundamento para lograr la desconcentración de funciones. Consideró el Gobierno nacional la conveniencia de complementar la transferencia de competencias con la desconcentración de algunas funciones cuyo ejercicio resultaba más oportuno en el nivel estadal, tal como lo había previsto el artículo 9 LOD, a cuyo efecto dictó el Reglamento parcial n.º 5 mediante decreto n.º 3.121 del 2 de septiembre de 1993[18].

La materia objeto de la desconcentración, en este caso, fue la de transporte, tránsito terrestre y vigilancia de la circulación que se reconoce estrechamente relacionada con competencias transferibles como la construcción, conservación, administración y aprovechamiento de carreteras, puentes y autopistas.

La figura que se utilizó para desconcentrar funciones del Gobierno nacional en los gobernadores de estado fue la de la encomienda, tal como lo prevé el artículo 22.6 LOD, figura ahora recogida en la LOAP de 2001 (*Tercera parte, § 9*). Encomendar, es, según el *Diccionario de la Lengua Española*: "encargar a uno que haga alguna cosa o que cuide de ella o de una persona", razón por la cual, no se trataba de un traspaso de poderes, los cuales conservaba plenamente el Gobierno nacional, sino de encargar a los gobernadores en su calidad de agentes de aquél, del ejercicio de determinadas competencias y funciones.

El artículo 1º del Reglamento parcial n.º 5 LOD facultó al Ministro de Infraestructura (entonces de Transporte y Comunicaciones) para encomendar mediante resolución, a los gobernadores de estado, el ejercicio de una serie de competencias en materia de tránsito y transporte interurbano.

El procedimiento previsto se iniciaba con la solicitud de la encomienda ante el ministro, de manera que una vez formalizada la solicitud, se debían negociar los términos concretos de la misma, como resultado de lo cual se debía suscribir el convenio de colaboración previsto en el artículo 14 del Reglamento parcial n.º 3 LOD. Firmado el convenio, entonces debe el ministro debía proceder a dictar la correspondiente resolución. Cuando se tratase del establecimiento de tarifas del servicio de transporte público de personas en rutas suburbanas e interurbanas, la encomienda debía decidirse por una resolución conjunta de los entonces Ministerios de Fomento y de Transporte y Comunicaciones (actuales Ministerios de Producción y Comercio e Infraestructura).

Dictadas como hubieran sido las correspondientes resoluciones de encomienda, los gobernadores debían cumplir las funciones encomendadas mediante órdenes y resoluciones, bajo la supervisión del ministerio que mantenía la jerarquía administrativa a todos los efectos legales.

---

17 Véase decreto n.º 44 de 23 de febrero de 1994, *Gaceta Oficial* n.º 35.407 de 23 de febrero de 1994.

18 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 35.289 del 3 de septiembre de 1993.

F. *El régimen sobre el consejo de gobiernos del área metropolitana de Caracas*

La existencia de diversos organismos de gobierno, algunos de ellos con autonomía, que ejercen sus competencias en el ámbito del área metropolitana de Caracas, y la franca colisión de decisiones y criterios en el manejo de los asuntos públicos atinentes a la capital de la República, obligó a los alcaldes capitalinos a solicitar la creación de un medio institucional de coordinación, especialmente de las funciones de los estados y de los municipios que coparticipaban en el gobierno de Caracas. A tal efecto, se dictó el Reglamento parcial nº 6 mediante decreto nº 3.133 de 9 de septiembre de 1993, reformado por decreto n° 3.309 de 22 de diciembre de 1993[19]. Este decreto reconoció la incidencia desfavorable de la situación, por la ausencia de mecanismos de coordinación y la posibilidad de resolver esa carencia mediante el desarrollo de los principios de coordinación.

Para dictar este Reglamento, se consideró el hecho del rompimiento de los límites político territoriales debido al incremento demográfico y urbano de los municipios y la influencia de las actividades y servicios que se desarrollaban en el área, considerándose además que el fenómeno urbano es único por lo que se imponía la superación de la fragmentación de gobiernos autónomos, que por lo demás debían ser consolidados. De allí que sin menoscabo de las autonomías, se impuso la coordinación de la actividad administrativa que desarrollaban los distintos entes en el área metropolitana de Caracas, mediante un órgano venía a llenar el vacío y a permitir la cooperación, la conciliación y la coordinación de las actividades de los gobiernos nacional, del Estado Miranda, del antiguo Distrito Federal, y de los Municipios Libertador del dicho Distrito, y Sucre, Baruta, Chacao, El Hatillo, Los Salías y Carrizal del Estado Miranda, que coincidían en el desarrollo de actividades urbanísticas, de prestación de servicios y de realización de obras en el área metropolitana de Caracas.

El Reglamento que creó el consejo de gobiernos del área metropolitana de Caracas, además, señaló su integración y sus funciones, los mecanismos para la toma de decisiones, y las formas de realización o prestación en común de las obras y de los servicios básicos metropolitanos. El Reglamento finalmente quedó derogado a raíz de la constitución del Distrito metropolitano de Caracas (art. 18) (*Cuarta parte, §16*), cuyas regulaciones, sin duda, tuvieron su antecedente inmediato en aquel Reglamento parcial.

G. *El régimen en materia de vialidad terrestre*

Por decreto n° 3.177 del 30 de septiembre de 1993 se dictó el Reglamento parcial nº 7 LOD sobre vialidad terrestre[20], con el objeto de regular el régimen de transferencia de competencias nacionales a los estados en materia de vialidad, tanto de competencias concurrentes como de competencias exclusivas.

A tal efecto, el Reglamento definió y precisó por primera vez en el ordenamiento jurídico, qué debía entenderse por vías de comunicación, tanto nacionales como estadales; y reglamentó en general a las vías de comunicación, en particular cuanto concierne a la explotación y uso de las mismas.

---

19 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 35.301 de 21 de septiembre de 1993 y en *Gaceta Oficial* n.º 35.386 de 21 de enero de 1994. Cfr. lo expuesto en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, t. II, “El poder público nacional, estadal y municipal”, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1996, pp. 517 y ss.

20 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 35.327 del 28 de octubre de 1993.

H. *El régimen sobre encomienda a los gobernadores de estado de las atribuciones en materia de administración de las cárceles nacionales*

Una vez más se apeló al carácter de agentes del Ejecutivo nacional que tenían los gobernadores de estado para desconcentrar en ellos algunas atribuciones que eran ejercidas desde el poder central, y que resultaba más conveniente y oportuno su ejercicio en el nivel estadal.

El Reglamento parcial nº 8 LOD dictado por decreto nº 3.188 del 8 de octubre de 1993[21], estableció que por resolución del Ministro de Interior y Justicia, se podía encomendar a los gobernadores de los estados, estos últimos en su carácter de agentes del Ejecutivo nacional, el ejercicio de las competencias que en principio le correspondía a ese ministerio, en materia de administración de las cárceles nacionales. Para ello se debía seguir el mismo procedimiento que ya se había definido en el Reglamento parcial n.° 5 LOD, que se iniciaba con la solicitud del gobernador, la negociación de las condiciones para el ejercicio de las funciones objeto de la desconcentración y la firma del convenio.

I. *El régimen sobre transferencias a los estados de los servicios de salud pública*

Por decreto n.° 3.324 de 7 de enero de 1994, se dictó el Reglamento parcial nº 9 LOD sobre la transferencia a estados de los servicios de salud pública[22], en cuyo texto se recogió el contenido de los convenios de transferencia de los servicios de salud que se suscribieron en 1993 entre el entonces Ministro de Relaciones Interiores, el Ministro de Sanidad y Asistencia Social y los gobernadores de los Estados Aragua, Falcón, Anzoátegui, Bolívar y Carabobo, a los efectos de normativizar lo que en su inicio fueron cláusulas de convenios intergubernamentales.

La experiencia desarrollada en esos convenios permitió, sin duda, la emisión del referido Reglamento parcial nº 9 LOD que debía servir de base para los futuros convenios que habían de suscribirse con los restantes estados de la República para la transferencia de los servicios de salud pública.

J. *Otras regulaciones vinculadas con el proceso de descentralización*

Aparte de los Reglamentos parciales de la Ley Orgánica de Descentralización, durante los meses del gobierno de transición de 1993-1994, se dictaron otros reglamentos vinculados con la descentralización, algunos incluso reglamentando conjuntamente otras leyes.

Se destaca, en primer lugar, el reglamento sobre coordinación de los servicios de policía y sobre normas de conducta de los miembros de los cuerpos de policía. En virtud de que conforme a la Constitución la actividad de policía era y es una competencia concurrente entre los órganos del poder nacional, los estados y los municipios, y en virtud de la proliferación de las policías municipales, precisamente por el proceso de descentralización que se había acelerado, mediante decreto nº 3.179 del 7 de octubre de 1993 se dictó este Reglamento sobre coordinación de los servicios de policía y sobre normas de conducta de los miembros de los cuerpos de policía[23].

---

21 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 35.317 del 14 de octubre de 1993.

22 A raíz del cambio de Gobierno este decreto no se publicó en la *Gaceta Oficial*, a pesar de haber sido aprobado en Consejo de Ministros.

23 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 35.317 del 14 de octubre de 1993. Cfr. lo expuesto ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, t. II, “El Poder nacional, estadal y municipal”, cit. pp. 188 y ss.

El Reglamento creó la Comisión Nacional de Policía, como parte del sistema nacional de coordinación de los servicios de policía que dirige el Ministerio de Interior y Justicia; reguló las comisiones regionales de policía, presididas por los gobernadores de estado y estableció normas para la coordinación de los cuerpos de policía de los estados. Adicionalmente, el decreto estableció, conforme a disposiciones de los Pactos y Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos, normas de conducta a los miembros de los cuerpos de policía. Este decreto fue derogado por la Ley de Coordinación de Seguridad Ciudadana de 2001[24], texto en el cual lamentablemente no se incorporaron las normas de conducta a los miembros de los cuerpos de policía.

En segundo lugar, se dictó el decreto n.º 3.015 del 24 de septiembre de 1993 de creación del Consejo Nacional de alcaldes, como órgano permanente para la colaboración, cooperación y coordinación de políticas y acciones entre el poder nacional y los municipios, en el desarrollo del proceso de descentralización administrativa hacia los municipios[25]. El Consejo estaba integrado por el Presidente de la República, algunos ministros y por un alcalde por cada uno de los estados de la República, designado por la correspondiente asociación de alcaldes del estado o por el Consejo Regional de Gobierno a que se refería el artículo 5 del decreto n.° 3.104 del 12 de agosto de 1993. El decreto se aplicó en 1993, pero posteriormente ha sido olvidado.

En tercer lugar, debe mencionarse el Reglamento parcial de la Ley Orgánica de Descentralización y de la derogada Ley de Protección al Consumidor sobre encomienda a los gobernadores y sobre delegación a los gobiernos municipales de las atribuciones de fiscalización y control de alza indebida de precios y defensa y protección al consumidor, dictado por decreto nº 3.184 del 7 de octubre de 1993[26]. En particular, con motivo del alza indebida de precios que se evidenció con la creación del impuesto al valor agregado, resultaba indispensable establecer mecanismos de fiscalización y control de la defensa y protección al consumidor. Por ello se resolvió no sólo delegar en los municipios estas tareas conforme a lo previsto en la derogada Ley de Protección al Consumidor, sino también encomendar a los gobernadores de estado esas tareas, utilizando la figura de la encomienda.

En cuarto lugar, debe mencionarse el decreto n° 3.180 del 7 de octubre de 1993, que reglamentó el ejercicio de las competencias del Ejecutivo nacional en materia de relaciones internacionales. Con motivo del proceso de descentralización y de la consolidación de los poderes regionales, los gobernadores de estado habían venido desplegando actividades en el exterior, de promoción de sus respectivas entidades. A los efectos de que esas acciones no colidieran con las competencias del Ejecutivo nacional en la conducción de las relaciones internacionales, mediante este decreto se buscó asegurar la información y presencia del Ministerio de Relaciones Exteriores en todas las actuaciones de los gobiernos estadales en el exterior[27].

En quinto lugar, se destaca el decreto n.° 3.304 del 22 de diciembre de 1993[28], que reglamentó parcialmente de la Ley Orgánica de Descentralización y de la anterior Ley de Turismo sobre encomienda a los gobernadores de estado de atribuciones en materia turísti-

---

24 Véase decreto ley n.º 1.453, *Gaceta Oficial* n.º 37.318 del 6 de noviembre de 2001.

25 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 35.320 del 19 de noviembre de 1993. Véase lo expuesto ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, t. II, "El Poder nacional, estadal y municipal", cit. pp. 441 y ss.

26 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 35.326 del 27 de octubre de 1993.

27 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 35.317 del 7 de octubre de 1993. Véase lo expuesto ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, t. II, "El Poder nacional, estadal y municipal", cit. pp. 225 y ss.

28 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 35.386 del 21 de enero de 1994.

ca. La actividad pública en materia de turismo, que regulaba la anterior Ley de Turismo se había concebido como una materia de carácter concurrente entre el poder nacional y los municipios. Los estados conforme a la Constitución de 1961 no tenían en tal materia, competencia ni de orden constitucional ni legal, lo cual fue cambiado en la Constitución de 1999 (art. 310). En 1993 era evidente que la promoción del turismo y el control de las actividades turísticas exigía la participación del nivel intermedio de los estados en la misma, por lo que, mediante este Reglamento parcial tanto de la Ley Orgánica de Descentralización como de la Ley de Turismo, se procedió a regular la encomienda a los gobernadores de estado, en su carácter de agentes del Ejecutivo nacional en los estados, de la materia turística.

En sexto lugar, se destaca el Reglamento relativo a la participación de los municipios en los recursos del FIDES. En efecto, el decreto ley n° 3.265 del 25 de noviembre de 1993 sobre Mecanismos de Participación por los estados y municipios en el impuesto al valor agregado y el Fondo intergubernamental para la descentralización[29], había establecido que los recursos provenientes del impuesto al valor agregado a ser asignados a los municipios sólo podían ser destinados, exclusivamente, al financiamiento de:

1. Servicios correspondientes a competencias concurrentes y exclusivas, transferidos o transferidas a los estados conforme a lo previsto en la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público y a sus reglamentos; y

2. Servicios prestados por la República, sus institutos autónomos transferidos a los municipios, conforme al Reglamento que a tal efecto dictase el Presidente de la República en Consejo de Ministros.

Se precisó, por tanto, de acuerdo con la Ley habilitante, que el financiamiento de servicios efectivamente transferidos a los municipios (se entiende, en el campo de las competencias concurrentes), también podía ser cubiertos con recursos provenientes del producto del IVA. La Ley Orgánica de Descentralización sólo reguló el procedimiento de transferencia de competencias y servicios del poder nacional hacia los estados, no regulando nada en relación a la transferencia de servicios hacia los municipios. De allí que el decreto ley nº 3.265 del 25 de noviembre de 1993 hubiera exhortado expresamente al Presidente de la República para reglamentar el procedimiento de la transferencia de servicios prestados por órganos nacionales a los municipios, a los efectos de garantizarle a estos entes acceso al financiamiento previsto en la ley habilitante. En tal virtud, se dictó el Reglamento parcial n.º 1 del decreto ley n.º 3.265, por decreto n.º 3.323 de 7 de enero de 1994. A pesar de que fue aprobado en Consejo de Ministros, debido al cambio de Gobierno en enero de 1994, este decreto no fue publicado en la *Gaceta Oficial*. Posteriormente, sin embargo, se dictó el Reglamento sobre la participación de los municipios en los recursos del FIDES por decreto n.º 796 de 16 de agosto de 1995[30].

2. *El régimen de las relaciones interadministrativas para descentralización: la comisión nacional para la descentralización*

La descentralización política, como proceso de transferencia de competencias y servicios prestados por los órganos de la Administración Pública nacional central o descentralizada a los estados, afecta e interesa, sin lugar a dudas, a todos los organismos de aquélla que ejecuten o presten competencias o servicios transferibles, conforme a los artículos de la Ley Orgánica.

[29] Véase en *Gaceta Oficial* n.º 35.359 del 13 de diciembre de 1992.

[30] *Gaceta Oficial* n.º 35.779 del 22 de agosto de 1995.

Por ello, para la conducción del proceso como política nacional, resultaba indispensable no sólo involucrar en el mismo a todos los ministerios, sino establecer los adecuados mecanismos de coordinación entre ellos, a efectos de que el proceso tuviera un mínimo de coherencia y organicidad, aun cuando no de uniformidad, dada la variada situación y realidad de los estados. Para ello, resultaba necesario constituir en todos los ministerios e institutos autónomos que les estuvieran adscritos y que ejercieran competencias transferibles de acuerdo a la Ley Orgánica, órganos de programación, ejecución y control del proceso de descentralización; y además facilitar el seguimiento de las decisiones que en materia de descentralización se produjeran en el seno de la Administración central, requiriéndose la coordinación de dichos procesos en la organización ministerial.

Para ello se dictó el Reglamento parcial nº 2 LOD sobre los mecanismos institucionales para la descentralización de la Administración Pública nacional contenido en el decreto nº 3.085 del 22 de junio de 1993, que en definitiva regula los mecanismos interadministrativos para la descentralización[31].

El Reglamento estableció principios sobre coordinación de la Administración Pública para la descentralización; reguló la Comisión nacional para la descentralización, la cual se reunió en varias oportunidades durante el período 1993-1994; estableció los organismos ministeriales para la descentralización; precisó normas sobre la adecuación de los organismos regionales de planificación y desarrollo para la descentralización y estableció normas sobre la necesaria reforma de la Administración Pública nacional como consecuencia del proceso de descentralización.

En el artículo 1º del Reglamento se estableció que el Ministerio de Interior y Justicia en su calidad de órgano del Ejecutivo nacional en las tareas de promover, desarrollar y ejecutar el proceso de transferencias de competencias y servicios del poder público nacional a los estados y municipios, es el encargado de asegurar la eficaz coordinación de todas las dependencias de la Administración Pública nacional entre sí, y de esta última con los estados y los municipios en la referida tarea.

De acuerdo con el artículo 34 LOD, y a los fines de la misma, el Ejecutivo nacional debe actuar por órgano del Ministro de Interior y de Justicia, el cual, a su vez, tiene a cargo lo relativo al proceso de descentralización, en todo aquello que competa al Ejecutivo nacional.

Por otra parte, debe señalarse que el Reglamento establece que los institutos autónomos, empresas del Estado y demás instituciones descentralizadas funcionalmente de la Administración Pública nacional, deben cooperar con el Ministro de Interior y Justicia en el logro de sus objetivos, y sus representantes deben asistir a la Comisión nacional para la descentralización cuando sean convocados por el mismo (art. 17).

Precisamente, para la coordinación de las diversas dependencias de la Administración Pública nacional conforme a lo establecido en el artículo 1.º del Reglamento parcial nº 2, el mismo creó la Comisión nacional para la descentralización (art. 2), integrada por el Ministro de Interior y Justicia quien la preside; el director general sectorial para el desarrollo regional del ministerio, el director general sectorial de descentralización y desarrollo institucional del Ministerio de Planificación, el director general sectorial o el funcionario de jerarquía equivalente encargado del proceso de transferencia de competencias y servicios a los estados y municipios en los ministerios en que se desarrollen competencias transferibles de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.º LOD.

31 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 35.268 del 5 de agosto de 1993.

En consecuencia, en aquellos organismos de la Administración Pública nacional donde se realicen competencias transferibles, los ministros correspondiente deben atribuir mediante resolución, al viceministro, a uno de los directores generales sectoriales o a otro funcionario de jerarquía similar, las funciones de orientación y coordinación del proceso de descentralización del ministerio respectivo (art. 7).

El Reglamento establece la posibilidad de que cuando la índole de los asuntos a tratar en la reunión correspondiente así lo aconsejen, el ministro de Interior y Justicia puede invitar a asistir a las reuniones de la Comisión nacional a los residentes, directores u otros representantes de cualquiera de los institutos autónomos nacionales o empresas del Estado, así como, cuando el caso lo amerite, de otras instituciones públicas o sociales (art. 3).

En todo caso, esos funcionarios deben asistir a las reuniones de la Comisión cuando sean convocados (art. 17).

De acuerdo con lo establecido en el artículo 4 del Reglamento, corresponde a la Comisión nacional para la descentralización impulsar, apoyar, planificar y coordinar, así como también seguir, supervisar y evaluar permanentemente el desarrollo y la ejecución de los programas y las medidas que en materia de desconcentración y descentralización, corresponda adoptar a los distintos ministerios, institutos autónomos y Empresas de estado nacionales (art. 4.1).

Así mismo, es tarea de la Comisión estudiar y formular propuestas sobre los distintos aspectos que se susciten en el proceso de desconcentración y descentralización sobre la organización y el funcionamiento de la Administración Pública nacional, central y descentralizada así como sobre los medios personales, materiales, económico y financieros de los organismos públicos. A este efecto, puede encomendar la realización de análisis, estudios e informes o requerirlas de las comisiones u otros órganos de estudio sobre desarrollo institucional instituidas en los distintos estados (art. 4.2).

La Comisión, igualmente, debe elaborar y establecer los criterios, orientaciones y directrices generales en materia de valoración de costos de los servicios y el traspaso de recursos humanos, así como de medios materiales, a fin de asegurar la mínima organicidad y coherencia de las distintas transferencias de competencias y servicios (art. 4.3).

Con el objeto de desarrollar el flujo de información sobre el proceso descentralización, la Comisión deben implantar, mantener, coordinar y supervisar un sistema de información y documentación sobre el proceso de descentralización, que comprenda todos los datos y documentos relevantes que se produzcan tanto en la Administración Pública nacional como en los estados y municipios, así como de todos aquellos aspectos que estén en relación con el proceso descentralización (art. 16).

El Reglamento establece que la Comisión nacional para la descentralización puede constituir grupos de trabajo para el desarrollo de los estudios preparatorios de materias determinadas por acuerdo de la propia Comisión.

En todo caso deben existir grupos de trabajo para las siguientes materias: hacienda pública, infraestructura, salud, vivienda, protección al menor y la familia, deporte, cultura y educación (art. 6)

Ya se señaló que, en cada ministerio, el Ministro debe designar por Resolución un funcionario con rango de director general responsable de orientar y coordinar el proceso de descentralización en el ministerio (art. 7). En tal sentido señala el artículo 8 del Reglamento que los Directores Generales o funcionarios de análoga jerarquía encargados en cada ministerio de los programas y medidas relativas al proceso de descentralización en su condición de miembros de la Comisión nacional para la descentralización deben actuar en coordinación con el Ministerio de Interior y Justicia convirtiéndose así en responsables del

impulso, estudio, elaboración, coordinación y supervisión de los programas y medidas que, por razón de la materia, deban adaptarse y ejecutarse en el correspondiente ministerio y en las instituciones descentralizadas que estén adscritas o dependan de cualquier otra forma del mismo (art. 8).

En consecuencia, le corresponde a dichos funcionarios ministeriales asegurar el cumplimiento, en el ámbito de competencias del ministerio respectivo, de la política general de desconcentración y descentralización y, en especial, de los criterios, orientaciones y directrices establecidas por la Comisión nacional para la descentralización en consulta con el Ministro de Interior y Justicia (art. 9.1).

De igual forma deben participar y asegurar la intervención de sus ministerios en los grupos de trabajos constituidos en la Comisión nacional para la descentralización (art. 9.3), así como dirigir los grupos de trabajos y órganos especiales que se creen para la programación y la ejecución del correspondiente proceso de transferencias en su respectivo ministerio (art. 9.5), todo esto, con el objeto de facilitar al ministro de adscripción la pronta y completa información de los trabajos de la Comisión nacional para la descentralización, de sus grupos de trabajo y de enterar al Ministerio de Interior y Justicia en relación con las tareas y actuaciones de sus respectivos ministerios, y de todas aquellas que resulten relevantes para el proceso de transferencias de competencias y servicios (art. 9.4).

Se establece, así mismo, que estos funcionarios son los encargados de asumir y desarrollar las tareas que resulten de la actuación y los acuerdos de la Comisión nacional para la descentralización (art. 9.6), así como de asegurar el apoyo administrativo suficiente para el funcionamiento de las comisiones sectoriales y, en su caso, de las comisiones mixtas constituidas para la negociación de los términos y condiciones de las distintas transferencias de competencias y servicios responsabilidad del respectivo ministerio (art. 9.7) y de cualquier otra que les encomienden su ministro y el de Interior y Justicia (art. 9.8).

El Reglamento establece, por otra parte, que los ministros que ejerzan competencias transferibles conforme a la Ley Orgánica de Descentralización, delimitación y transferencia de competencias del poder público, a los efectos de suministrar los recursos necesarios para la ejecución de los estudios y proyectos que se requieran realizar en sus respectivos ámbitos de competencia, deben realizar los correspondientes apartados en sus partidas presupuestarias (art. 15).

El Reglamento establece que los organismos regionales de planificación y desarrollo, en la actualidad, los Consejos estadales de planificación de políticas públicas, deben formar parte de la organización nacional para la descentralización (art. 12). En tal sentido, y con el objeto de su incorporación en el proceso de descentralización, éstos deben adecuar su organización interna a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 21 LOD (art. 10) según el cual los organismos regionales de planificación y desarrollo deben servir de entes de asesoría y asistencia técnica a las gobernaciones de las entidades federales, municipales y organismos del Ejecutivo nacional.

En el marco del proceso de descentralización, los organismos regionales de planificación y desarrollo son los responsables de la prestación del servicio de asistencia técnica a los estados y municipios en materia de planificación, transferencia de competencias, modernización de la gestión pública, capacitación de recursos humanos y cooperación técnica (art. 11.1).

A tal efecto deben crear y desarrollar los servicios de estadística e informática en materia demográfica, social, económica, financiera y de cartografía, así como del seguimiento estadístico de la gestión intergubernamental a nivel del estado y municipio, (art. 11.2). De igual forma, son los responsables del seguimiento de las políticas nacionales en cada estado (art. 11.3). Por otra parte, deben promover el desarrollo de la región, fundamentalmente

referido a la elaboración de proyectos de desarrollo económico (art. 11.4). Finalmente, los organismos regionales de planificación y desarrollo deben brindar apoyo a la sociedad civil para su incorporación y participación en el proceso de descentralización (art. 11.5).

3. *El régimen de las relaciones intergubernamentales para la descentralización*

El proceso de descentralización política, como proceso de transferencia de competencias de los órganos que ejercen el Poder Nacional, básicamente de la República y de los institutos autónomos, a los estados y municipios, esencialmente genera un conjunto de relaciones intergubernamentales entre los niveles de gobierno nacional y los gobiernos estadales y municipales. Estas relaciones que, sin duda, son de carácter permanente, exigen procesos de concertación y conciliación de intereses y de coordinación de actividades. A tal efecto, durante el Gobierno de Transición de 1993-1994 se dictaron un conjunto de instrumentos para regular esas relaciones intergubernamentales. Estos fueron, en primer lugar, el decreto n.º 3.104 del 12 de agosto de 1993 mediante el cual se dictó el Reglamento parcial n.º 3 LOD sobre el Consejo Territorial de Gobierno y la organización intergubernamental para la descentralización: en segundo lugar, el decreto n.º 3.169 del 24 de septiembre de 1993 sobre creación del Consejo nacional de alcaldes; en tercer lugar, el decreto n.º 3.133 del 9 de septiembre de 1933 mediante el cual se dictó el Reglamento parcial n.º 6 LOD sobre el Consejo de gobiernos del área metropolitana de Caracas; y en cuarto lugar, el decreto n.º 3.265 del 25 de noviembre de 1933 sobre participación de los estados y municipios en el producto del impuesto al valor agregado y sobre el Fondo intergubernamental para la descentralización.

A los efectos de facilitar las relaciones intergubernamentales entre los órganos que ejercen el poder nacional y las gobernaciones de estado, de manera de canalizar y darle coherencia y organicidad al proceso, se dictó el Reglamento parcial n.º 3 LOD sobre el Consejo territorial de gobierno y las relaciones intergubernamental entre el gobierno nacional y los gobiernos estadales mediante decreto n.º 3.104 del 12 de agosto de 1993[32], cuyas normas puede decirse que, sin embargo, han quedado derogadas por el artículo 185 C. que regula el Consejo federal de Gobierno, al cual le sirvieron de antecedente.

V. EL FONDO INTERGUBERNAMENTAL PARA LA DESCENTRALIZACIÓN (FIDES)

El proceso de transferencia de competencias y servicios del poder nacional a los estados y municipios requería de grandes recursos financieros, especialmente para resolver problemas claves que lo provocaban. En algunos casos, los estados y los municipios han sido reacios a recibir servicios transferibles debido a los enormes costos que significa la recuperación de los activos, el pago de los pasivos laborales, la liquidación del personal excesivo o costoso, a modernización de los procesos administrativos o la ejecución de nuevas inversiones.

El establecimiento mediante decreto ley del Impuesto al Valor Agregado conforme a las previsiones de la ley habilitante de 1993, que autorizó al Presidente de la República para dictar medidas extraordinarias en materias económicas y financieras, fue una coyuntura feliz a los fines del financiamiento del proceso de descentralización, porque permitió la elaboración de un mecanismo específico de financiamiento, contenido en decreto ley nº 3.265 del 25 de noviembre de 1993[33], que reguló los mecanismos de parti-

32 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 35.273 del 12 de agosto de 1993.

33 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 35.359 del 13 de diciembre de 1995.

cipación de los estados y municipios en el impuesto al valor agregado y creó el Fondo intergubernamental para la descentralización (FIDES). El decreto ley de creación fue objeto de varias reformas en los años subsiguientes, en los cuales se desnaturalizó su la concepción inicial del Fondo como instrumento para la descentralización, convirtiéndose posteriormente en un Fondo nacional para financiar proyectos de estados y municipios, tal como se regula en la Ley que crea el Fondo intergubernamental para la descentralización de 2000[34].

En efecto, el FIDES se creó a los fines de la asignación y administración por parte de los estados y municipios de los recursos que les correspondían provenientes del Impuesto al Valor Agregado, habiéndose establecido como un servicio autónomo sin personalidad jurídica, con autonomía administrativa, financiera y de gestión de sus recursos físicos, presupuestarios de personal. Estuvo inicialmente adscrito administrativamente al antiguo Ministerio de Relaciones Interiores, quien debía ejercer sus funciones en coordinación con la antigua Oficina Central de Coordinación y Planificación de la Presidencia; ahora está adscrito al Ministerio de Planificación (art. 11, LFIDES).

El Fondo tiene su sede en la capital de la República pero sus órganos pueden ser trasladados o funcionar, permanente y temporalmente, en cualquier otra ciudad del país (artículo 13). El Fondo tiene por finalidad promover la descentralización administrativa, la solidaridad interterritorial y el desarrollo de los estados y municipios, así como propiciar la parta para un mejor logro de dichos fines (art. 1).

El FIDES, originalmente tenía como ingresos, el monto de la participación porcentual de los estados y municipios en el Impuesto al Valor Agregado, excluido lo que les correspondiera por el Situado constitucional; concepto que fue modificado posteriormente, al eliminarse todo derecho de los estados a "participar" en el producto del IVA. Por ello, el artículo 2.1 de la LFIDES dispone que el Fondo tiene entre sus ingresos, principalmente, los recursos que deben establecerse en una partida de la ley de presupuesto anual, bajo la denominación "Fondo intergubernamental para la descentralización", cuyo monto debe ser aprobado por la Asamblea Nacional en un porcentaje entre el 15% y el 20 %, que debe ser equivalente al ingreso real estimado por concepto del producto del Impuesto al valor agregado, tomando en consideración la estimación presupuestaria estimada por el Ejecutivo nacional.

Los recursos administrados por el Fondo, conforme se había indicado en el artículo 7.º del decreto ley de creación, debían destinarse al financiamiento de los siguientes aspectos que estaban estrechamente vinculados al proceso de transferencia de competencias del poder nacional a los estados y municipios:

1. La inversión nueva en los sectores donde se haya producido transferencia de competencias o servicios.

2. Los programas de modernización y adecuación institucional de estados y municipios para asumir las competencias y servicios transferidos.

3. Las deudas por concepto de prestaciones sociales y otras obligaciones contraídas por el Ejecutivo nacional con el personal adscrito a los servicios y competencias objetos de transferencia. En este caso, los recursos asignados no podrán exceder el 20% de la asignación anual individual de cada estado y municipio.

4. Los gastos de preinversión, diseño y preparación de programas y proyectos.

---

34 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 37022 del 25 de agosto de 2000.

5. Asistencia técnica a los estados y municipios. En particular, en los casos de financiamiento de asistencia técnica a los municipios, el Fondo debe coordinar sus actividades con la Fundación para el Desarrollo de la Comunidad y Fomento Municipal (FUNDACOMUN).

6. Estudios y propuestas que faciliten, promuevan y fortalezcan el proceso de descentralización y el desarrollo regional.

7. Sus gastos de funcionamiento.

8. Otros gastos cónsonos con su objeto.

Esta orientación del Fondo fue totalmente modificada, y sus ingresos, conforme al artículo 22 de la Ley de 2000, ahora se destinan no sólo para financiar servicios correspondientes a competencias concurrentes y exclusivas, efectivamente transferidas a los estados, municipios y el distrito metropolitano de Caracas como consecuencia de la política de descentralización, sino entre otros, para financiar en general los servicios desconcentrados administrativamente que se encuentren en la etapa de cogestión previa a la transferencia; los servicios prestados por la República y sus institutos autónomos, bajo el régimen de de encomienda a los estados, municipios y el distrito metropolitano de Caracas; los servicios prestados por los estados, que sean transferidos a los municipios de conformidad con las leyes que deben dictar los consejos legislativos estadales; los gastos correspondientes a la implantación del servicio de justicia de paz; las deudas por concepto de prestaciones sociales y otras obligaciones contraídas por el Ejecutivo nacional con el personal adscritos a los servicios y competencias efectivamente transferidos; los servicios públicos competencia de las entidades; los proyectos de inversión productiva que promuevan el desarrollo sustentable de la comunidad, de los estados y de los municipios; actividades derivadas de estados de alarma; proyectos relativos a la conservación y defensa del ambiente y los recursos naturales renovables; y proyectos destinados al financiamiento de las áreas de ciencia y tecnología.

A los fines de administrar eficientemente el monto que corresponda a los estados y los municipios en el Fondo, conforme a lo establecido en el artículo 4.º LFIDES, los recursos de éste se deben ubicar en cuatro cuentas separadas, que se denominan Cuenta de participación de los estados, Cuenta de participación de los municipios, Cuenta especial de reserva y Cuenta de gastos de funcionamiento. En particular, en el caso de los recursos asignados a los estados y municipios no deben ser contabilizados a los fines del cálculo del Situado constitucional, lo que implica que deben considerarse como ingresos ordinarios de los mismos.

Las reformas a la LFIDES, progresivamente minimizada la participación de representantes de los estados y municipios en la administración del Fondo, el cual terminó atribuyéndose a un Directorio Ejecutivo integrado por 5 representantes de los ministerios, dos representantes de los gobernadores de estado y dos representantes de los alcaldes (art. 14).

§14. Los principios relativos al régimen del poder público municipal

I. EL MUNICIPIO Y LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DEL PODER PÚBLICO

1. *La distribución del poder público*

El poder público municipal es otro de los poderes públicos que resulta de la distribución vertical del poder en tres niveles territoriales conforme a la forma federal del Estado. Este principio, en forma distinta a lo que establecía la Constitución de 1961, se formuló *expresamente* en la Constitución de 1999, siguiendo una tendencia que se inició en el texto constitucional de 1858, en el cual se estableció una división en dos niveles al disponer que "El poder público se divide en nacional y municipal" (art. 9).

En efecto, el poder público municipal es el nivel inferior de la distribución territorial del poder público, de manera que el municipio es copartícipe de éste, en el sentido de que no se trata de una simple demarcación administrativa dentro de la estructura de un Estado unitario. Se trata de un nivel político territorial, con un órgano legislativo y una Administración Pública municipales propios, que ejerce una cuota parte del poder público. Por ello, el poder público municipal, en definitiva, es una de las ramas del poder público en el contexto del artículo 136 C. De allí que el municipio sea una persona de derecho público territorial, producto de la descentralización política, como expresamente lo reconoce el artículo 168 C. y lo repite el artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2005 (LOPPM)[1].

Como se dijo, la expresión "poder municipal" apareció por primera vez en la Constitución de 1858, al distribuirse el poder público en dos niveles, el nacional y el municipal, el cual en ese contexto abarcaba también al ámbito provincial (art. 9)[2]. Hasta cierto punto, entonces, el poder municipal apareció constitucionalmente como una reacción contra el poder desarrollado por las Provincias de la primera época de la República.

La fórmula constitucional de "distribución vertical" del poder, sin embargo, después de 1858 desapareció de los textos constitucionales durante toda la segunda mitad del Siglo XIX, precisamente a partir de la estructuración formal del Estado federal en 1863, en el cual los asuntos municipales se atribuyeron a los estados, y que fueron regulados en consecuencia, en las Constituciones estadales.

La división fue posteriormente retomada en forma expresa en la Constitución de 1901, en la cual se expresó que "El poder público se distribuye entre el poder federal y el poder de los estados" (art. 29).

---

1 *Gaceta Oficial* n.° 38.204 de 8 de junio de 2005. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, FORTUNATO GONZÁLEZ y JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ, *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2005.

2 Cfr. el texto de esta Constitución y de todas las anteriores a la de 1999 en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Las Constituciones de Venezuela*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1997.

Ello se repitió en todas las Constituciones posteriores hasta la de 1925, en la cual, a pesar de ser la Constitución paradigmática del centralismo gomecista, la división del poder público pasó a ser regulada en tres niveles, agregándose al "poder municipal" pero sin sustituirse el nivel intermedio, así: "El poder público se distribuye entre el poder federal, el de los estados y el municipio" (art. 51).

Esta norma se repitió en las Constituciones posteriores, invirtiéndose el orden de la enumeración en la Constitución de 1947, así: "El poder público se distribuye entre el poder municipal, el de los estados y el nacional…" (art. 86), lo que se repitió en la Constitución de 1953 (art. 40); fórmula que, como se ha dicho, fue la que recogió la Constitución de 1999[3]. La Constitución de 1961, en cambio, no utilizó la fórmula tradicional y se limitó a señalar que "Cada una de las ramas del poder público tienen sus funciones propias…" (art. 118), aludiendo sin duda a las ramas nacional, estadal y municipal, pero sin enumerarlas.

2. *El régimen legal de los municipios y sus antecedentes*

El artículo 169 C., en el mismo sentido que el artículo 26 C. de 1961, dispone que la organización de los municipios y demás entidades locales se deben regir por la Constitución, por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las leyes orgánicas nacionales, y por las disposiciones legales que en conformidad con aquellas dicten los estados mediante sus consejos legislativos.

A tal efecto, como se ha dicho, se ha dictado la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2005[4], en cuyo artículo 5, en sentido similar, se reitera que los municipios y las demás entidades locales "se regirán por las normas constitucionales, las disposiciones de [dicha] ley, la legislación aplicable, las leyes estadales y, lo establecido en las ordenanzas y demás instrumentos jurídicos municipales"; siendo las ordenanzas municipales las llamadas a determinar "el régimen organizativo y funcional de los poderes municipales según la distribución de competencias" establecidas en la Constitución, en la Ley Orgánica y en las leyes estadales.

Ahora bien, en cuanto a la jerarquía de las fuentes, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha sido enfática en considerar que la legislación nacional tiene primacía en la regulación de la organización de los municipios, particularmente en relación con las leyes estadales. Ha señalado, así, en la sentencia 618 del 2 de mayo de 2001, que:

Asimismo, esta Sala estima necesario señalar que la vida de los municipios se rige no sólo por las normas que en virtud de su autonomía éstos dictan, sino que además se deben regir, en primer término, por la Constitución de la República, así como por las leyes orgánicas nacionales que desarrollan los postulados constitucionales y por las disposiciones legales dictadas por las asambleas legislativas estadales, de conformidad con la Constitución y las mencionadas leyes orgánicas.

Al respecto, el artículo 169 constitucional dispone expresamente: *La organización de los municipios y demás entidades locales se regirá por esta Constitución, por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las leyes orgánicas nacionales, y por las disposiciones legales que en conformidad con aquellas dicten los estados*.... (Resaltado y subrayado de la Sala)

---

3 Cfr. nuestra propuesta para ello en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente),* t. II 9 septiembre-17 octubre 1999, Caracas, Fundación de Derecho Público y Edit. Jurídica Venezolana, 1999, pp. 161 y ss. Cfr. sobre la Constitución de 1999 ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *La Constitución de 1999. Derecho constitucional venezolano,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004

4 *Gaceta Oficial* n° 38.204 del 8 de junio de 2005.

Observa esta Sala la gran relevancia que el propio Texto Fundamental le otorga a las leyes orgánicas nacionales que desarrollan principios constitucionales en materia de organización municipal, y la sujeción que con respecto de éstas tienen las leyes estadales en dicha materia.

En tal virtud, es incuestionable el valor normativo vinculante que posee la Ley Orgánica de Régimen Municipal sobre las leyes estadales que desarrollen o regulen la división político territorial dictadas por los estados, tal como ocurre en el caso *sub examine*, más aún cuando la propia ley orgánica en referencia, expresamente dispone que su *leit motiv* es el desarrollo de los postulados contenidos en el artículo 169 C. de la República, precedentemente transcrito[5].

El régimen de los municipios, por tanto, además de estar establecido en la Constitución, ha sido objeto de regulación legal en la mencionada la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2005, la cual tiene por objeto desarrollar los principios constitucionales, relativos al poder público municipal, su autonomía, organización y funcionamiento, gobierno, administración y control, como lo indica el artículo 1º, "para el efectivo ejercicio de la participación protagónica del pueblo en los asuntos propios de la vida local, conforme a los valores de la democracia participativa, la corresponsabilidad social, la planificación, la descentralización y la transferencia a las comunidades y grupos vecinales organizados".

Esta Ley Orgánica del Poder Público Municipal, dictada después de cinco años de vigencia de la nueva Constitución de 1999, derogó la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989[6], cuyo régimen constituye su antecedente inmediato

En efecto, en forma similar a lo que se establece en el artículo 169 C. de 1999, la Constitución de 1961 también disponía que la organización de los municipios y demás entidades locales se debía regir, además de por las normas del propio Texto Fundamental, por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establecieran las leyes orgánicas nacionales y las disposiciones legales que en conformidad con debían dictar las antiguas asambleas legislativas de los estados (art. 26).

Debe recordarse que al promulgarse la Constitución de 1961, y en ausencia de las mencionadas "leyes orgánicas nacionales" reguladoras del régimen municipal, la Disposición Transitoria Primera de dicho Texto había dispuesto que se debía mantener "en vigencia el actual (1961) régimen y organización municipal de la República", con lo cual, los principios constitucionales del municipio democrático que la Constitución regulaba, hasta cierto punto habían quedado pospuestos, previéndose en cambio que se aplicaría el régimen municipal precedente, que era de corte centralista o autocrático, y que desconocía la propia institución local denominada "municipio". En lugar del municipio, en efecto, desde 1904 a lo que se había dotado de autonomía municipal era a los distritos[7], los cuales eran las entidades que eran "autónomas" como "municipalidades" que tenían un solo órgano de actuación que eran los concejos municipales. Los "municipios" que existían entonces como división de los distritos, no eran autónomos ni eran por tanto "municipios" en los términos de la Constitución. Esta situación, sin embargo, perduró después, hasta 1989, por la mencionada Disposición Transitoria Constitucional.

---

5 Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 199-200.

6 *Gaceta Oficial* n.º 4.409 Extra. de 15de junio de 1989. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS et ál., *Ley Orgánica de Régimen Municipal 1989*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1994.

7 Artículo 7.3 en el cual los estados se comprometieron a garantizar la autonomía municipal de los distritos y su independencia del poder político de los estados mismos.

En 1978, con 17 años de retraso, se pretendió regular a nivel nacional el régimen municipal, lo cual se hizo inadecuadamente. La Ley Orgánica de Régimen Municipal de 18 de agosto de 1978[8], en efecto, puede decirse que no actualizó ni concretizó el "municipio" democrático que consagraba la Constitución de 1961, sino que lo que hizo fue regular con carácter nacional el régimen municipal de las municipalidades a nivel de distritos que provenía de un régimen centralista, prorrogando su transitoriedad (art. 163) hasta 1984[9]. En esa fecha, sin embargo, mediante la reforma de la Ley Orgánica promulgada el 29 de marzo de 1984[10] que se sancionó para permitir la elección de autoridades municipales a nivel de distritos (y no de municipios) (art. 165), se volvió a prorrogar el régimen municipal de la autocracia hasta 1988.

Desde el mismo momento de la promulgación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1978 se había planteado la necesidad de su reforma, pues el régimen de aquella no satisfacía las aspiraciones constitucionales, para lo cual en 1984 se elaboró un Proyecto de reforma[11], que derivó en la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 20 de septiembre de 1988 que debió haber entrado en vigencia el 15 de junio de 1989[12].

En esa misma fecha, sin embargo, apareció publicada en *Gaceta Oficial* nº 4.109 Extraordinaria, la Ley de reforma parcial de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, que impidió que entrara en vigencia la Ley de 1988, y previo una nueva transitoriedad hasta el 2 de enero de 1990 (art. 195), día en el cual entró en vigencia la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989, sustituyéndose efectivamente la Ley de 1978, que había sido reformada parcialmente en 1984[13]. Con ella, quedaron eliminados los distritos[14] como municipalidades y comenzaron a funcionar los municipios.

---

8 *Gaceta Oficial* n.º 2.297 Extra. del 18 de agosto de 1978. Véanse los cometarios sobre las reformas de 1988 y 1989 en sentencia 2651 del 2 de octubre de 2003 de la Sala Constitucional, R*evista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 327 y ss.

9 Cfr. las críticas a dicha Ley cuando aún era Proyecto, en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "La Reforma del régimen local y el proyecto de Ley Orgánica del poder municipal", *Revista Resumen,* n.º 161, Caracas 5 de diciembre de 19 76, pp. 20 a 29, y en el libro ALLAN R. BREWER-CARÍAS y NORMA IZQUIERDO CORSER, *Estudios sobre la regionalización en Venezuela,* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1977, pp. 353 a 368. Cfr. además, las críticas a la Ley en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *El régimen municipal en Venezuela,* Caracas, Edit. Jurídica venezolana, 1984, pp. 167 a 197.

10 *Gaceta Oficial* n.º 3.371 Extra. de 2 de abril de 1984

11 Dicho Proyecto se presentó a la consideración de la Cámara de Diputados el 24 de enero de 1984 por un grupo de diputados. Cfr. el texto en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Estudios de derecho público,* (Labor en el Senado 1983), t. II, Caracas, Congreso Nacional, 1985, pp. 251 a 253. Los planteamientos básicos que orientaron la reforma propuesta tuvieron su origen en la crítica al proyecto de Ley de 1978, formuladas en 1976, en nuestro citado trabajo, "La Reforma del régimen local y el proyecto de Ley Orgánica del poder municipal", *Revista Resumen,* n.º 161, Caracas 5 de diciembre de 19 76, pp. 20 a 29. Cfr., además, los planteamientos centrales que orientaron el proyecto de Ley de reforma en íd., *Estudios de derecho administrativo,* Bogotá, Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, 1986, pp. 125 a 156.

12 Véase en *Gaceta Oficial* n° 4.054 Extra. del 10 de octubre de 1988. A pesar de la *vacatio legis,* sin embargo, los artículos 50, 51, 55, 58 y 69 de la Ley entraron en vigencia a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial,* a los efectos de la elección de los representantes de los órganos de los poderes públicos municipales, en concordancia con lo establecido por la Ley Orgánica del Sufragio. A esta ley destinamos los comentarios publicados en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Introducción General al Régimen Municipal", *Ley Orgánica de Régimen Municipal,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1988.

13 A pesar de la *vacatio legis,* la reforma de 1989 mandó a aplicar de inmediato los artículos 51, 52, 55, 56, 57, 59, 71, 188, 189, 193 y 195 referidos fundamentalmente a cuestiones electorales y conforme a los cuales (art. 193), los concejales elegidos en 1984 continuaron en sus funciones por un período superior a 5 años, hasta que, en enero de 1990, se instalaron los Concejos, con los nuevos concejales electos en las elecciones de diciembre de 1989.

La Constitución de 1999 reguló de nuevo el municipio[15], y en las Disposición Transitoria Cuarta, se ordenó a la Asamblea Nacional a sancionar la nueva Ley Orgánica del Poder Público Municipal en un lapso de un año después de su entrada en vigencia, es decir, durante 2000. Sin embargo, sólo fue en mayo de 2005 cuando la Asamblea Nacional sancionó la Ley Orgánica del Poder Público Municipal[16], con la cual se derogó y sustituyó la Ley Orgánica de 1989. El proceso de concepción de la ley estuvo precedido de varias exhortaciones por parte de la Sala Constitucional, emitidas con motivo de acciones de inconstitucionalidad por omisión legislativa que fueron intentadas por diversos particulares[17]. A pesar de la exhortación formulada por la Sala Constitucional a la Asamblea Nacional sólo fue en 2005 cuando se sancionó la ley[18].

II. EL MUNICIPIO COMO LA UNIDAD POLÍTICA PRIMARIA EN EL TERRITORIO

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 168 C., los municipios constituyen la unidad política primaria de la organización nacional, gozan de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de la Constitución y de la ley[19]. Además, agrega el texto fundamental, que la organización del municipio debe ser democrática y debe responder a la naturaleza propia del gobierno local (art. 169)[20].

---

14 La Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa en sentencia del 10 de mayo de 1984 declaró la nulidad de una Ley de División Político-Territorial del Estado Portuguesa, en la cual se habían creado nuevos "distritos" autónomos. La Corte, para ello, señaló lo siguiente: "A partir de la Constitución de 1961 se modifica radicalmente la conformación político territorial de la organización nacional, convirtiendo a los municipios en los verdaderos centros del poder local, contrariamente de lo que hasta entonces estaba establecido, en que correspondía al concejo municipal del Distrito, como personero de los municipios, la autoridad económica y administrativa sobre la totalidad del territorio integrado por aquéllos. La posibilidad de agrupar los municipios en Distritos, prevista en la Constitución, ya no tendría significación política, sino que estará destinada a facilitar el logro de determinados fines en beneficio de las entidades locales agrupadas", *Revista de Derecho Público,* n.º 19, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1984, p. 113.

15 Cfr. los comentarios sobre las normas constitucionales relativas a los municipios en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *La Constitución de 1999. Derecho constitucional venezolano*, t. I, cit., 2004.

16 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 38.204 del 8 de junio de 2005.

17 Véase las sentencias de la Sala Constitucional n.º 1347 de 27 de mayo de 2003, *Revista de Derecho Público* n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 108 y ss.; n.º 3118 del 6 de octubre de 2003, *Revista de Derecho Público* n.º 93 a 96, idem. pp. 527 y ss.; y n.º 1043 del 31 de mayo de 2004, *Revista de Derecho Público*, n.º 97 a 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 270 y ss. y 409 y ss.

18 Véase sentencia 1347 del 27 de mayo de 2003 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso Interpretación de las Disposiciones Transitorias Cuarta, numeral 7 y Decimocuarta de la Constitución, *Revista de Derecho Público* n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 108 y ss.

19 Cfr. nuestras propuestas para la reforma hacia un "Nuevo Municipalismo" en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Debate Constituyente,* t. I, cit. pp. 164 a 169; y los comentarios críticos al proyecto constitucional en ídem., t. II, cit., pp. 230 y ss.

20 Cfr. en general sobre el régimen municipal en la Constitución, ARGENIS URDANETA, "El poder público municipal en el Estado federal descentralizado", *El Derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías,* t. I, Madrid, Universidad Central de Venezuela y Thompson-Civitas, 2003, pp. 731-744; RICARDO COMBELLAS, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución,* Caracas, Mc Graw Hill, 2001, pp. 129 y ss.; HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999,* Caracas, Editorial Ex Libris, 2001, pp. 161 y ss.

1. *Algunos antecedentes del régimen municipal*

A. *El municipio en el origen del constitucionalismo moderno*

El municipio moderno como unidad política primaria en la organización nacional puede decirse que surgió de los postulados del constitucionalismo derivados tanto de la revolución norteamericana como de la francesa[21], que sustituyeron al Estado absoluto y que originaron la concepción del Estado de derecho.

En particular en Europa y en Iberoamérica, ese municipio del mundo moderno tomó raíces al mismo tiempo, siguiendo un desarrollo paralelo en los dos continentes. Una diferencia fundamental, sin embargo, se evidenció desde el inicio, en el sentido que, desde comienzos del siglo XIX, en Europa, el municipio como unidad política se ubicó en cuanta aldea, burgo, pueblo, villa y ciudad que existía, bien cerca del ciudadano; y en cambio, en América Latina, el municipio colonial que traspasó las batallas de la Independencia, continuó ubicado tal como se lo había creado, en el nivel territorial de las antiguas Provincias coloniales, bien lejos del ciudadano.

En los primeros, la participación política es tan cotidiana en las cosas pequeñas que es imperceptible; en los segundos, simplemente no hay participación alguna o hay muy poca.

Otro principio que condicionó el municipio derivado también de la revolución francesa fue el principio de la igualdad, la madre de todos los principios del Estado moderno, esencia misma de los derechos humanos y fundamento del principio de legalidad, en el cual la igualdad ante la ley tiene primacía, de manera que lo que hace iguales a los hombres es el sometimiento a la ley. Es el origen mismo de la Administración Pública, la cual, como lo analizó magistralmente hace décadas EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, al estar sometida a la ley es igual para todos sin privilegios y sin sociedades intermedias estamentales o poderes secundarios, a los cuales precisamente sustituyó tanto la estructura de la Administración centralizada como local para garantizar la libertad y la misma igualdad[22]. La creación de municipios uniformes en todo el territorio de Francia, por tanto, condujo a la sustitución definitiva de las cartas, fueros y privilegios locales. Como lo observó DE TOCQUEVILLE", producto de la Revolución: "las instituciones deben ser las mismas para todas las partes del territorio y para todos los hombres que los habitan"[23].

Las reformas del régimen municipal en Francia sin embargo, habían precedido la Revolución, con la creación antes de 1787, a iniciativa de los Ministros de Luis XVI, de asambleas provinciales junto al Intendente, y en cada pueblo, de un cuerpo municipal electivo que buscaba sustituir a las antiguas asambleas parroquiales, y en la mayoría de los casos, al síndico. Contrario a las costumbres que existían, todos los poderes que se pretendieron crear fueron colectivos, y el intendente fue disminuido en su poder. Todo ello condujo a la parálisis de la administración, y, como lo apuntó DE TOCQUEVILLE, "Las asambleas, queriendo mejorarlo todo, acabaron por enredarlo todo", produciéndose entonces "una de las mayores perturbaciones que haya registrado jamás la historia de un gran pueblo", en la

---

21 Véase ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1992; e íd., "El paralelismo entre el constitucionalismo venezolano y el constitucionalismo de Cádiz (o de cómo el de Cádiz no influyó en el venezolano)" en *La Constitución de Cádiz. Hacia los orígenes del constitucionalismo iberoamericano y latino*, Caracas, Unión Latina, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, pp. 223-333.

22 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución Francesa y administración contemporánea*, Madrid, Taurus Ediciones, 1981, pp. 17, 41, 43, 46, 49, 50 y 56.

23 Véase ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, t. I., Madrid, Alianza Editorial, 1982, pp. 99, 201.

cual "Cada francés había experimentado una confusión particular. Nadie sabía ya ni a quien obedecer, ni a quién dirigirse"; y terminaba señalando DE TOCQUEVILLE, que "Perdido el equilibrio de las partes que componían la Nación, un último golpe bastó para hacerla oscilar y producir el más vasto trastorno y la más espantosa confusión que hayan tenido lugar jamás [24].

La Revolución quiso poner fin a esta situación, y en el mismo año de 1789, la Asamblea Nacional Constituyente definió un nuevo orden municipal uniforme, fragmentado, generalizado y de carácter electivo; el cual, en definitiva, si bien complicó aún más la situación de la Administración, puso las bases para el régimen municipal del constitucionalismo moderno. Comenzó el 4 de agosto de 1789, con un decreto que declaró irrevocablemente abolidos "todos los privilegios particulares de provincias, principados, cantones, ciudades y comunidades de habitantes, sean pecuniarios o de cualquier otra naturaleza"[25]; y al mismo lo siguieron los decretos de 14 y 22 de diciembre del mismo año 1789. En el primero se dispuso la supresión y abolición que "las municipalidades existentes en cada villa, burgo, parroquia o comunidad", con las denominaciones que tuvieren, y se agregó que serían sustituidas por "colectividades locales del reino" tanto en las ciudades como en el campo, con la misma naturaleza y situadas en el mismo plano constitucional, con el nombre común de municipalidad, que tendían en su cabeza al alcalde.

En el segundo decreto se dividió el territorio francés de manera uniforme en departamentos, distritos y cantones, suprimiéndose los intendentes, y además se dispuso que: "en cada villa, burgo, parroquia y comunidad del campo habrá una municipalidad"[26]. De ello resultó que en 1791 en la Francia revolucionaria había 43.915 municipios, que comenzaron a llamarse comunas. Estas entidades municipales, además de las funciones propias de la Administración general que les podían ser delegadas, ejercían el "poder municipal", concepto que venía de los escritos de BENJAMÍN CONSTANT y de las propuestas de reforma del ministro TURGOT (1775)[27], y que luego se arraigaría en el constitucionalismo iberoamericano[28].

Con esta división territorial, como lo percibió BURKE en tiempos de la Revolución: "Es la primera vez que se ve a los hombres hacer pedazos su patria de una manera tan bárbara"; pero DE TOCQUEVILLE acotaría años después, que en realidad, si bien "Parecía, en efecto que se desagarraban cuerpos vivos, lo único que se hacía era despedazar cuerpos muertos"[29].

Sin embargo, lo cierto es que el sistema produjo la disolución del Estado al haber estallado Francia en cuarenta mil pedazos, cada uno con una especie de república soberana y anárquica que no tenían nexo alguno con el poder central en construcción.

---

24 ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, t. II, cit., p. 197.

25 Véase LUCIANO VANDELLI, *El poder Local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1992, p. 28, nota 10.

26 Véase ALBERT SOBOUL, *La révolution française*, París, Gallimard, 1981, pp. 198 y ss.

27 Véase EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Madrid, Taurus Ediciones, 1981, pp. 72, 76 y 135.

28 En Venezuela, por ejemplo, aparece a partir de la Constitución de 1857, artículos 6 y 85. Cfr. en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Las Constituciones de Venezuela*, cit, pp. 467 y 475.

29 Véase ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, t. I, cit., p. 107.

B. *Los efectos de la revolución: de la anarquía municipal a la organización piramidal del poder*

De tal anarquía vinieron las reformas para tratar de controlar la acción municipal desde el poder central, como por ejemplo, al atribuírsele en la Constitución de 1791 poderes anulatorios al Rey, respecto de los actos municipales; al crearse en la Ley del 14 de frimario del año II (4 de diciembre de 1793) unos agentes nacionales directamente conectados al centro (Paris) para ejercer la vigilancia sobre los municipios; y además, al pretender reducir el número de comunas en la Constitución del año III (5 fructuoso, 22 de agosto de 1795), reagrupándoselas en entidades locales, y estableciendo la subordinación de las comunas a las Administraciones departamentales, y estas a los Ministros.

Pero el torbellino revolucionario que no había cesado comenzó a producir su propia transformación con el golpe de Estado del 18 de brumario del año VIII (9 de noviembre de 1799), a raíz del cual Napoleón reimplantará la centralización que se había establecido en el Antiguo Régimen y que había quedado destrozada con la Revolución. Se estableció, así, un esquema de control centralizado sobre las más de 40.000 comunas que fueron restablecidas, creándose un sistema escalonado y jerarquizado de control sobre las mismas, donde serían esenciales las figuras del prefecto y subprefecto dependientes del poder central y controlando a los alcaldes, establecidos en la Ley de 28 pluvioso del año VIII (17 de febrero de 1800)[30].

La centralización administrativa por el establecimiento de esa rígida cadena institucional que unía: Ministro, Prefecto, Subprefecto y alcalde, y que dio origen al llamado control de tutela, sin duda, fue uno de los aportes más importantes a la Administración municipal y local, y a la propia construcción del Estado centralizado. Como lo diría el Presidente FRANÇOIS MITTERAND, casi doscientos años después, al proponer la reforma descentralizadora de 1981: "Francia tuvo que acudir a un poder fuerte y centralizado para hacerse. Hoy necesita un poder descentralizado para no deshacerse[31]. Esta, entre tantas, fue precisamente una de las motivaciones de la sanción de la conocida ley francesa de Libertad de las Comunas de 1982[32].

C. *Los principios del régimen municipal napoleónico y sus repercusiones en iberoamérica*

Tres principios configuraron el régimen municipal napoleónico: *primero,* el principio de la creación de un municipio por cada colectividad local -aún de dimensiones mínimas- abarcando desde el pequeño pueblo rural hasta el gran centro urbano; *segundo*, el principio de la uniformidad e igualdad formal del régimen de los municipios a pesar de la diversidad territorial, geográfica y demográfica de los mismos a lo largo y ancho de los territorios estatales; y *tercero*, las reglas generales de funcionamiento de la tutela, como

30 Cfr. LUCIANO VANDELLI, *El poder Local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*, cit. pp. 29 y ss.; EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, cit. pp. 107 y ss.; SANDRA MORELLI, *La Revolución Francesa y la Administración Territorial en Colombia, Perspectivas comparadas,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991, pp. 31 y ss.

31 Citado por JAIME CASTRO, *La cuestión territorial*, Bogotá, Editorial Oveja Negra, 2003, p. 26.

32 Sobre la aplicación de la Ley del 2 de marzo de 1982, véase en general, ANDRÉ TERRAZZONI, *La décentralisation a l'épreive des faits*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1987.

instrumento de control sobre las entidades locales. Todo ello configuró un modelo de régimen municipal, sin duda que se extendió por toda Europa[33].

Hacia América, sin embargo, sólo hicieron la travesía del Atlántico algunos aspectos del régimen de municipalización uniforme, pero ni el primero ni el último de los principios, es decir, el de la generalización de colectividades locales en el territorio y el del control de tutela, llegaron a nuestras costas; y al contrario, desde el inicio del Siglo XIX, no sólo el municipio se ubicó en niveles territoriales muy alejados de los pueblos sino que además, se implantó el principio de la autonomía municipal.

a. El *principio de la multiplicidad de municipios en Europa y en particular en España*

En cuanto al primer aspecto que es el que nos interesa destacar aquí, el de la creación de un municipio por cada colectividad local que existiera en un territorio, con la consecuente fragmentación territorial, puede decirse que el mismo si dejó su impronta en toda Europa; y por ello, por ejemplo, en los años setenta, todavía existían 2.539 municipios en Bélgica, con una población promedio de 3.600 habitantes, los cuales después de la paradigmática operación quirúrgica realizada en el mapa municipal en 1972, hayan sido reducidos a 589 municipios, ahora con una población promedio de 16.900 habitantes por municipio. En Alemania Occidental aunque antes de la unificación, de los más de 24.000 municipios que existían, entre 1968 y 1980 habían quedado reducidos a 8.357.[34]; actualmente existen 16.121 municipios, con un promedio de 5.086 habitantes. En Italia hay 8.104 municipios con un promedio de 7.156 habitantes; y en Suiza hay 3.000 cantones con 2.333 habitantes promedio[35].

En España, la influencia francesa en este aspecto también fue decisiva, por lo que la Constitución de Cádiz de 1812, en efecto, dispondría en su artículo 310 que "Se pondrá Ayuntamiento en los pueblos que no lo tengan, y en que convenga le haya, no pudiendo dejar de haberle en los que por sí o con su comarca lleguen a mil almas, y también se les señalará término correspondiente"; correspondiéndole a los Ayuntamientos, sin embargo, desempeñar sus encargos bajo la inspección de las diputaciones provinciales (art. 323). Todo el territorio español se sembró así también de municipios todo el territorio español, y ello explica los 9.245 municipios que CIRILO MARTÍN RETORTILLO reseñaba en la edición de su recordado libro sobre *El municipio Rural*[36], de 1950; cifra que ha pasado a los 8.056 municipios actuales, con un promedio de población de 4.825 habitantes. El municipio que derivó de la influencia francesa sustituyó así lo que quedaba del municipio de arraigo medieval, con sus fueros, privilegios y cartas pueblas, con raíces en el proceso de la Reconquista. Esos fueron, a pesar de su progresivo control por la Corona a partir del Siglo XVI, por su arraigo en las ciudades los que condujeron la guerra de Independencia contra la invasión napoleónica. El precio que pagaron por ello, en todo caso, en nombre de la igualdad, fue su uniformización y su multiplicación territorial.

---

33 Cfr. LUCIANO VANDELLI, *El poder local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*, cit., pp. 153 y ss.

34 Cfr. TORSTEN SAGAWE, "La situación de los pequeños municipios en Europa: con especial referencia a la República Federal de Alemania", en LUÍS VILLAR BORLA et ál, *Problemática de los pequeños municipios en Colombia ¿Supresión o reforma?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 42-43.

35 Cfr. LUCIANO VANDELLI, *El poder Local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*, cit. pp. 179; ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 139 y ss.

36 Cfr. CIRILO MARTÍN RETORTILLO, *El municipio rural*, Barcelona, Bosch, casa Edit., 1950, p. 139.

b. *El régimen municipal colonial en iberoamérica: los cabildos provinciales*

El Iberoamérica, el municipio colonial también fue el factor fundamental del proceso de Independencia frente a España, de manera que sin lugar a dudas se puede afirmar que a también a comienzos del siglo XIX, la Independencia americana la hicieron los Cabildos, de manera que el municipio, "fue la raíz de la República"[37]. Ese municipio también fue radicalmente transformado con el republicanismo constitucional, en forma paralela a la transformación que se estaba operando en la Península, al punto de que por ejemplo se puede leer en la "Constitución para el gobierno y administración de la provincia de Caracas" de enero de 1812, que formaba parte de la Confederación de los Estados de Venezuela creada conforme a la Constitución de diciembre de 1811 (ambas promulgadas antes que lo fuera la Constitución de Cádiz de marzo de 1812); se puede leer, decía, sobre la división del territorio de la Provincia, uniformemente, en Departamentos, Cantones y distritos, debiendo tener estos últimos un territorio con aproximadamente 10.000 habitantes[38]. En las capitales de Distrito se establecieron municipalidades, así como en muchos de los pueblos entonces existentes, denominándose estas pequeñas municipalidades como villas. La municipalidad, se concibió, así, inicialmente más como una corporación local electa conforme al principio representativo para la atención de los intereses de la comunidad, que una división uniforme del territorio; por lo que con frecuencia tenían jurisdicción sobre otros pueblos y parroquias[39]. La uniformización territorial municipal fue posterior y paulatinamente arraigándose durante el Siglo XIX en todos los países iberoamericanos, pudiendo decirse que el municipio que en América también derivó, en cierta forma de la influencia de la revolución francesa además de la norteamericana, y luego, por supuesto la española de Cádiz. Se sustituyó así al municipio colonial indiano, el cual, por lo demás era distinto del que en la época colonial funcionaba en España, pues como bien sabemos, la mayoría de las instituciones americanas antes de la Independencia, fueron concebido por España especialmente para América o se desarrollaron en el Continente americano en forma distinta a la de España. Ello ocurrió en cierta forma con los Cabildos, que en el mismo momento en que su poder y autonomía era pulverizada por Carlos V en campo de Villamar, al poner fin a la rebelión de los Comuneros de esta tierra castellana, florecieron en América a partir del inicio mismo del poblamiento en lo que se ha denominado una "adaptación regresiva de las instituciones coloniales"[40].

Los Cabildos americanos en la época colonial, como Cabildos provinciales, con la gran descentralización de que gozaron derivada de la distancia (Recordemos la extraordinaria máxima administrativa colonial: "Se acata, pero no se cumple"), incluso tenían poder para designar a los gobernadores en forma interina. Ese privilegio lo reclamaron los cabildantes en Santa Ana de Coro, la primera ciudad fundada en la Provincia de Venezuela en 1528 a la muerte del gobernador AMBROSIO ALFINGER en 1533, y fue ejercida sucesiva-

---

37 Cfr. JOAQUÍN GABALDÓN MÁRQUEZ, *El municipio, raíz de la República*, Caracas, Academia Nacional de la Historia, 1977.

38 ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "La formación del Estado venezolano", en *Revista Paramillo*, n.º 14, San Cristóbal, Universidad Católica del Táchira, 1996, pp. 290 y ss.

39 Cfr. el texto de la Constitución provincial de la Provincia de Caracas, en *Las Constituciones Provinciales*, Caracas, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1959, pp. 77 y ss.

40 Cfr. LAUREANO VALLENILLA LANZ, *Disgregación e Integración, Ensayo sobre la formación de la nacionalidad venezolana,* 2ª ed., Caracas 1953, *cit.* por JOAQUÍN GABALDÓN MÁRQUEZ, *El municipio, raíz de la República,* cit., p.66. Véase además, en LAUREANO VALLENILLA LANZ, *Obras Completas*, t. II, (Recopilación de FEDERICO BRITO FIGUEROA y NIKITA HARWICH VALLENILLA), Caracas, Universidad Santa María, 1984.

mente por los Cabildos provinciales durante todo el período colonial, confirmada por Real Cédula 1560 y luego por otra Real Cédula de 1676[41]. No es de extrañar, entonces, porqué fueron los Cabildos coloniales los que hicieron la Independencia.

c. *El municipio republicano en américa hispana alejado del ciudadano*

El municipio republicano americano, por otra parte, desarrolló características propias: como dijimos, en nuestros países se adoptó el uniformismo napoleónico en cuanto a la organización y funcionamiento de las corporaciones locales, pero los otros dos principios que derivaron de la revolución francesa y sus correcciones napoleónicas puede decirse que no se siguieron. Por una parte, en América no se arraigó la institución del control de tutela derivada de la centralización napoleónica, y en cambio si germinaron los conceptos del "poder municipal" y de la "autonomía municipal", al punto de haber adquirido por ejemplo, rango constitucional a partir de 1857, por ejemplo, en la Constitución de Venezuela de ese año al disponer en su artículo 6º que "El poder público se divide para su administración en legislativo, ejecutivo, judicial y municipal", dedicando entonces un Título a regular dicho "poder municipal"[42], cuyo contenido relativo a los asuntos propios de la vida local no era distinto al del decreto de la Asamblea Constituyente en Francia, de diciembre de 1789.

El otro principio, el de la creación de un municipio por cada colectividad local, es decir, por cada caserío, por cada pueblo, por cada villa o ciudad, tampoco se siguió en América, y de los viejos municipios provinciales coloniales con territorios amplísimos, se pasó a los alejados municipios republicanos, establecidos en ámbitos territoriales cada vez más y más alejados de los ciudadanos y de sus comunidades, con muy pocas excepciones.

Recordemos de nuevo el contraste de la relación entre autoridad local y población derivado de los datos que antes mencionábamos sobre la municipalización en Europa, que lleva incluso a situaciones extremas como la de los 2.248 municipios que tiene una sola Comunidad Autónoma española, como lo es Castilla y León, para los 2.582.327 habitantes que tenía hace 20 años (1986), lo que daba un promedio general de algo más de 1000 habitantes por municipio. En Venezuela, en cambio, con 10 veces más de población (24 MM de habitantes aproximadamente), solo hay los 335 municipios con un promedio de población de 70.00 habitantes aproximadamente[43].

Lo que resulta más interesante de esta información comparativa es que ninguno de los países latinoamericanos, con todos sus enormes territorios y gran población, alcanza siquiera el número de municipios que tiene la sola Comunidad Autónoma española de Castilla y León, cuyos habitantes, además, a pesar de todos los proyectos y esfuerzos que se han hecho por reducir o fusionar municipios, se han opuesto radicalmente a tales propósitos y a perder su personalidad municipal.

El municipio latinoamericano contemporáneo, al contrario, está en el otro extremo y en general ha adquirido un ámbito territorial tan alto y extraño al ciudadano, que hace que no sirva ni para gerenciar adecuadamente los intereses locales ni para servir de instancia de participación política de la ciudadanía en la decisión o gestión de sus propios asuntos comunales.

---

41 El privilegio sólo lo perdieron los Cabildos a partir de 1737. Cfr. JOAQUÍN GABALDÓN MÁRQUEZ, *El municipio, raíz de la República*, cit., pp. 73-110; 125-169.

42 Véase en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Las Constituciones de Venezuela*, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1997, p. 475.

43 Cfr. las referencias en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, cit., pp. 139 y ss.

2. *El régimen constitucional del municipio y sus limitantes*

El municipio, por tanto, debería ser conforme a la Constitución, la unidad política primaria o de base de la organización nacional en el territorio, de manera de poder ser la entidad llamada a hacer efectiva la participación ciudadana. Por ello, el artículo 2.º LOPPM agrega respecto de lo regulado en el artículo 168 C., que las actuaciones del municipio deben incorporar "la participación ciudadana de manera efectiva, suficiente y oportuna, en la definición y ejecución de la gestión pública y en el control y evaluación de sus resultados".

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia 618 del 2 de mayo de 2001, analizó el indicado carácter del municipio como unidad primaria y autónoma en la organización política del país, en los siguientes términos:

Al respecto, se hace imperativo para esta Sala recordar que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 168 constitucional, los municipios constituyen la unidad política primaria de la organización nacional, gozan de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de la propia Constitución y de la ley, comprendiendo tal autonomía la elección de sus autoridades, la gestión de la materia de su competencia y la creación, recaudación e inversión de sus ingresos. La señalada norma constitucional, ya se contenía en el artículo 25 de la Constitución de 1961, artículo este que se repite casi de forma exacta en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

En ese sentido, el municipio es la unidad política de menor nivel territorial dentro del sistema de distribución vertical del poder en el Estado venezolano, pero cuyos mecanismos de ejercicio del poder se encuentran más próximos a los ciudadanos, por ello es definido constitucionalmente como un ente "primario" y esencialmente autónomo, autonomía esta que se encuentra limitada por la propia normativa constitucional, principalmente en lo que respecta al reparto de competencias de los distintos poderes político territoriales, cuestión que ha sido prevista así, lógicamente, a objeto de mantener la convivencia armónica de todos los elementos que conforman el Estado.

Así las cosas, siendo el municipio la unidad política primaria dentro del sistema de división vertical del poder (constituye el vínculo más estrecho entre el individuo y el centro de toma de decisiones), es evidente que debe contar con ingresos propios suficientes que le garanticen a sus ciudadanos la prestación de unos servicios mínimos obligatorios, prestación esta que es esencial a su propia existencia[44].

Sin embargo, independientemente del nominalismo constitucional, para que el municipio sea realmente la escuela de la libertad y de la democracia, tal y como lo descubrió ALEXIS DE TOCQUEVILLE cuando ilustró a Europa sobre *La Democracia en América (1834[45]),* esa "unidad política primaria de la organización nacional" por sobre todo tendría que estar cerca del ciudadano; única forma, por lo demás, de poder representar los intereses colectivos de los mismos[46]. Un municipio lejos de las comunidades y vecindades, como es en general el municipio en Venezuela y lo ha sido en el pasado, materialmente ha servido para muy poco, ni para la participación política ni para la gestión eficiente de los asuntos locales, ni por supuesto, para la democracia.

---

44 Caso Municipio Simón Bolívar, Estado Zulia, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 199.

45 Hemos utilizado la edición publicada por el Fondo de Cultura Económica (Introducción de ENRIQUE GONZÁLEZ PEDRERO), México 1957.

46 La Sala Constitucional del Tribunal Supremo, sin embargo, le ha negado a los municipios la posibilidad de intentar acciones judiciales en representación de los intereses colectivos y difusos de los habitantes de sus mismos. Véase sentencia 1395 del 21 de noviembre de 2000 (caso gobernación del Estado Mérida y otras *vs.* Ministerio de Finanzas), *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 329 y ss.

Para entender el planteamiento quizás habría que comenzar por indagar el por qué, realmente, las democracias consolidadas de Occidente son tales democracias, y cómo es que en ellas la participación del ciudadano en la gestión de los intereses locales forma parte de la cotidianidad de la vida democrática, que se desarrolla imperceptiblemente. Es cierto que todas las democracias tienen partidos políticos y ciclos electorales en los cuales se vota con regularidad, y tienen además sistemas institucionales que son propios del Estado de derecho. Pero sin embargo, unos países son efectivamente más democráticos que otros, lo que obliga a preguntarnos el porqué ello es así. La respuesta, tan simple pero esencial, en todo caso, está precisamente en la municipalización o, si se quiere, en la efectiva fragmentación y desparramamiento de las instituciones locales. Las democracias con muchos municipios cerca de los ciudadanos son más democracias, porque son más representativas y más participativas. En cambio, las democracias con pocos municipios situados lejos de los ciudadanos, son precariamente representativas y nada participativas.

Y para darnos cuenta de ello, basta hacer las comparaciones que hemos efectuado anteriormente en cuanto a la relación entre la autoridad local y la población, entre la unidad política primaria y el ciudadano, por las que se constata que en Venezuela, con casi un millón de kilómetros cuadrados de superficie y más de 24 millones de habitantes, tiene sólo 335 municipios; y en cambio en el otro extremo, en Francia, con la mitad de dicha superficie y algo más del doble de población, tiene 36.559 municipios o Comunas; es decir, cien veces más; por lo que el promedio de habitantes por municipio en Venezuela es de más de 70.000 habitantes por municipio, y en cambio en Francia, es de alrededor de 1.600 habitantes por municipio, es decir, cuarenta veces menos[47]. Por ello, cualquier revisión de esta relación que se haga en los países democráticos da cifras sorprendentes, sobre todo cuando las comparamos con las nuestras en América Latina, de lo que resulta que en el mundo de los países con democracias más desarrolladas, el promedio de habitantes por municipio varía entre 1.600 y 16.000 habitantes; y en contraste, en nuestros países de América Latina la proporción varía entre 22.000 y 75.000 habitantes de promedio[48].

En efecto, recuérdese que España tiene 8.082 municipios con un promedio de población de 4.825 habitantes; y que en Austria hay 2.353 municipios, con un promedio de población de 3.400 habitantes. Los 8.104 municipios de Italia tienen un promedio de 7.157 habitantes. En Suiza hay 3.000 municipios con un promedio de 2.333 habitantes; en Alemania hay 16.121 municipios, con un promedio de 5.086 habitantes; y en Bélgica hay 589 municipios, con un promedio de 16.978 habitantes. En Europa continental, además, debe destacarse que los municipios de menos de 2000 habitantes representan un porcentaje elevadísimo en relación con los muy poblados, por ejemplo, el 40% en Italia y el 89% en Francia. En nuestro Continente Americano también se destaca el caso de los estados Unidos y Canadá que tienen territorios casi iguales de casi 10 millones de kilómetros cuadrados, pero con una población muy disímil: aproximadamente 30 millones en Canadá y más de 250 millones en los estados Unidos. Sin embargo, en Canadá sus 4.507 municipios, tienen un promedio de 6.878 habitantes; y en los EEUU, sus 70.500 municipios, tienen un promedio de 3.872 habitantes por municipio.

---

47 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Democracia municipal, descentralización y desarrollo local", *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, n.º 11, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas, 2003, pp. 11-34. Texto de la Conferencia Inaugural dictada en el XXVI Congreso Iberoamericano de municipios, OICI, Valladolid 13 de octubre 2004.

48 Cfr. lo que hemos expuesto sobre municipalismo y descentralización en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América,* cit., pp. 127 y ss.

En definitiva, de estas cifras resulta que en el mundo de los países con democracias más desarrolladas, el promedio de habitantes por municipio varía entre 1.600 y 16.000 habitantes. En contraste, en nuestros países de América Latina el panorama es muy diferente: en Argentina hay 1.617 municipios con 22.800 habitantes de promedio; en Brasil, hay 5.581 municipios pero con un promedio de 30.100 habitantes; en Guatemala hay 324 municipios con un promedio de 33.950 habitantes; en Nicaragua hay 143 municipios con un promedio de 34.965 habitantes; en Colombia hay 1.068 municipios, con un promedio de 39.325 habitantes, en México hay 2.418 municipios, con un promedio de 40.000 habitantes; en Chile hay 340 municipios con un promedio de 44.117 habitantes; y como dijimos, en Venezuela hay sólo 338 municipios con 71.715 habitantes por municipio. Casi igual que en la República Dominicana, donde hay sólo 120 municipios con 75.000 habitantes de promedio. En Uruguay hay 19 municipios con un promedio de 157.000 habitantes[49].

De lo anterior deriva que la clave de la democracia de participación está precisamente en acercar el poder al ciudadano, para que pueda efectivamente participar, y ello debería ocurrir en el municipio si este fuera efectivamente la unidad política primaria dentro de la organización nacional. Por ello, en nuestros países, y a pesar de todo el verbalismo constitucional, mientras la autoridad local esté alejada del ciudadano, no llegaremos a ser efectiva y cotidianamente democráticos, y será difícil actualizar el énfasis en la participación que hace la Ley Orgánica, al disponer en su artículo 7 que los municipios y las demás entidades locales "conforman espacios primarios para la participación ciudadana en la planificación, diseño, ejecución, control y evaluación de la gestión pública", a cuyo efecto, "los órganos del municipio y demás entes locales, deberán crear los mecanismos para garantizar la participación de las comunidades y grupos sociales organizados en su ejercicio, de acuerdo a la ley".

En realidad, la gran reforma política democrática aún pendiente en Venezuela está no en el establecimiento de un marco legislativo formal sobre municipio y participación, sino en el desarrollo de una efectiva municipalización, que permita la posibilidad real de participar, pero sin uniformismo, pues no se puede multiplicar al gran municipio burocratizado de las áreas urbanas y trasladarlo a las rurales. Por ello, la diferenciación de regímenes municipales es una de las primeras necesidades de la vida local.

Conforme a lo antes señalado, por tanto, más importante para la participación en cuanto a la creación de un municipio, tendría que ser la existencia de una comunidad con vínculos permanentes de vecindad, es decir, como lo indica el artículo 10.1 de la Ley Orgánica, de "una población asentada establemente en un territorio determinado, con vínculos de vecindad permanente"; que la "capacidad para generar recursos propios suficientes para atender los gastos de gobierno y administración general, y proveer la prestación de los servicios mínimos obligatorios" como también lo precisa el mismo artículo 10.3 de la Ley Orgánica, con el agregado limitante centralista, de que "a los efectos del cumplimiento de este requisito, deberá constar en acta la opinión favorable del órgano rector nacional en la materia de presupuesto público" así como "la opinión del consejo de planificación y coordinación de políticas públicas", debidamente motivada en la que se deben "determinar los efectos socioeconómicos en el o los municipios que resulten segregados" (art. 10,3).

Sobre los requisitos para la creación de los municipios, conforme a lo que establecía en sentido similar la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, que consideramos totalmente contraria a la idea del municipio como centro e instrumento esencial para la participación política, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia 618 de 2 de mayo de 2001, señaló lo siguiente:

---

[49] Cfr. además, lo que hemos expuesto en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "El municipio, la descentralización política y la democracia" en *XXV Congreso Iberoamericano de municipios*, Guadalajara, México, 23 al 26 de octubre del 2001, México, 2003, pp. 53-61.

Así las cosas, queda claro que de conformidad con la ley nacional que regula el régimen de creación y ordenación de los municipios de la República, es imprescindible, a los fines de que una Asamblea Legislativa pueda crear válidamente un municipio dentro del territorio estadal, que ese nuevo municipio creado posea: una población, un territorio, un centro de población y suficiencia presupuestaria a los fines de que pueda autosatisfacer los gastos de gobierno, administración y los servicios mínimos que todo municipio debe prestar a los administrados que bajo su jurisdicción se desarrollan. De lo contrario, ningún sentido tendría la creación de ese nuevo ente político territorial, siendo este último requisito el que ha sido denunciado por el actor como faltante en el caso de autos, y consecuentemente, en su criterio, no podía ser creado el municipio Simón Bolívar del Estado Zulia [...]

[...] Así pues, de un análisis armónico de las normas constitucionales y legales referidas *supra*, se arriba a la inequívoca conclusión de que todo municipio debe poseer, como elementos esenciales de su existencia, los siguientes: un territorio claramente delimitado, una cantidad poblacional que amerite su existencia, un centro de población que funja de asiento permanente del gobierno local, un gobierno elegido democráticamente y una capacidad racional para autosatisfacer las necesidades del colectivo que se desarrolla bajo su jurisdicción, es decir, en términos de finanzas públicas, suficiencia presupuestaria (una relación coherente entre los ingresos y gastos que fomente el desarrollo de la entidad, atendiendo a sus propias necesidades).

Siendo entonces los elementos enumerados esenciales para la vida de todo municipio, su relevancia implica que la ausencia de uno cualesquiera de ellos, trae como consecuencia la violación de los postulados constitucionales previstos en los artículos 168 y 169 de la Carta Magna y, por ende, la legislación estadal que incurre en dicha violación (ley creadora de los municipios) resulta nula de nulidad absoluta[50].

La Ley Orgánica de 2005, además, ha establecido otras limitantes a la posibilidad de creación de municipios por los consejos legislativos de los estados, que lo alejan aún más del ciudadano, al disponer un límite poblacional mínimo de 10.000 habitantes, aún cuando en forma imprecisa: el municipio debe tener "un centro poblado no menor a la media poblacional de los municipios preexistentes en el estado, excluidos los dos de mayor población. Este requisito deberá ser certificado por el servicio nacional de estadística. En caso de no existir otro municipio en esa entidad para hacer comparación, se requerirá de una población no menor de diez mil habitantes" (art. 10,2).

Debe recordarse que la tradición de los distritos autónomos creados en 1904, había hecho que las municipalidades del país, precisamente por existir a nivel de los distritos, se hubieran organizado con superficies territoriales excesivamente amplias. Esta tradición la siguió la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1978, al exigir que para que pudieran crearse municipios era necesaria una población mínima de 12.000 habitantes y un centro poblado no menor de 2.500 que le sirviera de asiento a sus autoridades (art. 15), razón por la cual, las asambleas legislativas que a partir de 1983 crearon los municipios autónomos en lugar de los antiguos distritos Autónomos, en general, lo que hicieron fue cambiarle a éstos de nombre (distrito por municipio), conservando el mismo ámbito territorial.

La reforma de 1989 redujo la población mínima de los municipios a 10.000 habitantes (art. 18, ord. 1), con lo cual, sin embargo, no se podría lograr la posibilidad de establecer el municipio como la mencionada entidad política y primaria. Diez mil habitantes podía ser una cifra suficiente si se piensa en los municipios de los centros urbanos densamente poblados, pero era evidentemente insuficiente para ubicar territorialmente a los municipios

50 Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 199 y ss.

democráticos en el resto del territorio, formados por áreas rurales, donde en definitiva debería estar la mayoría numérica de las autoridades locales. Si la ley se hubiera limitado a prever pura y simplemente esta exigencia de población basada en esta cifra excesivamente alta y arbitrariamente establecida, por lo demás, ello hubiera impedido el desarrollo del municipio como entidad local primaria en las áreas rurales del país. Sin embargo, el legislador de 1989, afortunadamente, acogió la propuesta de reforma que habíamos formulado en 1984[51], y estableció que en sustitución de ese número de habitantes, podía optarse para establecer un municipio, aun con una población menor, cuando lo justificara "la existencia de un grupo social asentado establemente con vínculos de vecindad permanentes".

En esta forma, a partir de 1990, había posibilidad de que se hubiese llegado efectivamente, a tener municipios como entidad política primaria dentro de la organización nacional, conforme a la Constitución, pudiendo tener cualquier base de población siempre que se tratase de un grupo social asentado establemente con vínculos de vecindad permanentes. Quedaba, en todo caso, el límite de los 2.500 habitantes del centro poblado que le sirviera de asiento a sus autoridades.

La Ley Orgánica, sin embargo, se apartó de esa tendencia y volvió a exigir un límite poblacional mínimo de 10.000 habitantes. La Ley Orgánica además dispone que cumplidas las mencionadas condiciones, "el consejo legislativo una vez aprobada la ley de creación del nuevo municipio, someterá el instrumento legal a un *referéndum* aprobatorio, donde participarán todos los habitantes del municipio afectado" (art. 10).

De todo ello lo que resulta es lo extremadamente difícil que es la creación de nuevos municipios conforme a la nueva ley; siendo la única excepción a toda esta rigidez legislativa respecto de la creación de municipios, la relativa a los municipios indígenas, los cuales deben ser creados, "previa solicitud de los pueblos, comunidades u organizaciones indígenas, formuladas ante el respectivo consejo legislativo y atendiendo a las condiciones geográficas, poblacionales, elementos históricos y socioculturales de estos pueblos y comunidades" (art. 11).

3. *La autonomía municipal*

A. *La autonomía como "libertad condicionada"*

Los municipios, como se ha dicho, como entes político territoriales, de acuerdo con el artículo 168 C. gozan de autonomía[52] "dentro de los límites de esta Constitución y de la ley"; por lo que el artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal también dispone que los municipios "ejercen sus competencias de manera autónoma, conforme a la Constitución y la ley".

Esta autonomía municipal, conforme al mismo artículo 168 C., comprende, 1. La elección de sus autoridades; 2. La gestión de las materias de su competencia; y 3. La creación, recaudación e inversión de sus ingresos[53]; lo que precisa el artículo 3 de la Ley Orgánica,

---

[51] Véase la "Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica de Régimen Municipal", en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Estudios de Derecho Público,* (Labor en el Senado 1983), t. I, Caracas, Congreso Nacional, 1984, pp. 235 a 239.

[52] Cfr. JOSÉ L. VILLEGAS MORENO, "La autonomía local y su configuración en la Constitución venezolana de 1999", en *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías,* t. I, Madrid, Universidad Central de Venezuela, Thompson-Civitas Ediciones, 2003, pp. 715-729.

[53] Como lo ha señalado la Sala Constitucional en la mencionada sentencia 618 del 2 de mayo de 2001: "Esa autonomía municipal contiene tres aspectos, a saber: a) Político: en tanto se autogobierna por la elección de sus autoridades por parte de los ciudadanos que conviven en su jurisdicción, mediante los mecanismos democráticos previstos en la Constitución y la ley; b) Normativo: en el sentido de que tienen capacidad para dictar su propio orde-

indicando que "es la facultad que tiene el municipio para elegir sus autoridades, gestionar las materias de su competencia, crear, recaudar e invertir sus ingresos, dictar el ordenamiento jurídico municipal, así como organizarse con la finalidad de impulsar el desarrollo social, cultural y económico sustentable de las comunidades locales, y los fines del Estado".

Ahora bien, conforme a estas normas, que en cuanto a la remisión a la ley puede decirse que no tiene antecedentes en el nuestro constitucionalismo, la ley, que podría ser tanto nacional como estadal, podría limitar esa autonomía municipal, la cual, por tanto, perdió su garantía constitucional.

Tal y como lo ha reafirmado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia nº 2257 de 13 de noviembre de 2001, en la cual sentó el criterio de que:

> [...] la intención que proyecta la Constitución vigente, no es la de consagrar la autonomía municipal con carácter absoluto sino relativo, es decir, dentro del marco de los principios y limitaciones establecidas en la propia Constitución y en las leyes nacionales y en las leyes estadales habilitadas para desarrollar el contenido de las normas constitucionales, debiendo esas leyes, por sobre todo, conservar y respetar ciertos -principios rectores- establecidos en el Texto Fundamental. Luego, el ámbito de esa autonomía sólo podría ser delimitado con la interpretación unitaria de la red normativa de referencias, sin que pueda afirmarse que alguna de las disposiciones constitucionales se basta a sí misma para dar un cabal concepto de la autonomía municipal, por más esencial que ella sea [...]

Agregando que

> […] en criterio de esta Sala, la "libre gestión de las materias de su competencia" que garantiza la Constitución a los municipios, se trata de una ***libertad condicionada***, no sólo por las limitaciones que directamente impone el Constituyente sino por todas aquellas que pueda imponer el Legislador nacional, y los legisladores estadales al ejercicio de la autonomía municipal, de acuerdo con las normas de la propia Constitución y dentro de los límites por ella indicados[54].

La autonomía municipal, por tanto, reducida lamentablemente por la Sala Constitucional a ser sólo una "libertad condicionada", ha sido interpretada en cuanto a su alcance por la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia 670 de 6 de julio de 2000 (caso Impugnación ordenanza sobre Contribución por Consumo de Cerveza, Municipio San Carlos, Estado Cojedes), en esta forma:

Así las cosas, debe pronunciarse esta Sala sobre el alcance de la autonomía municipal. Sobre este particular, la entonces Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, en sentencia del 13 de noviembre de 1989, caso Herberto Contreras Cuenca, señaló lo siguiente:

> La Constitución confiere *autonomía normativa* limitada a las municipalidades, entendida ella no como el poder soberano de darse su propia ley y disponer de su existencia, que sólo le corresponde a la República de Venezuela, sino como el poder derivado de las disposiciones constitucionales de dictar normas destinadas a integrar el or-

---

namiento jurídico en las materias que le han sido atribuidas constitucionalmente, sean estas materias exclusivas o concurrentes con otro ente político territorial (República y estados); y, c) Financiero: toda vez que la Constitución precisó las distintas fuentes de ingresos con las que cuenta el gobierno municipal para llevar a cabo su gestión, teniendo la posibilidad de invertir dichos ingresos según las prioridades que determine la realidad de cada municipio, sin injerencia del poder nacional y poder estadal, con la excepción de la inversión de los ingresos provenientes del Situado Constitucional, puesto que estos se invierten coordinadamente con planes desarrollados por los estados", *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 199 y ss.

54 Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 202 y ss.

denamiento jurídico general, en las materias de su competencia local, incluso con respecto a aquellas que son de la reserva legal; circunstancia ésta que ha dado lugar a que la jurisprudencia de este Supremo Tribunal haya otorgado carácter de "leyes locales" a las ordenanzas municipales. En cuanto al valor normativo de esas fuentes de derecho emanadas de los municipios, en algunos casos se equiparán a la ley nacional, supuestos en los cuales se da una relación de competencia, mientras que en otros deben subordinase a las leyes nacionales y estadales, supuestos en los cuales se da una relación de jerarquía normativa, todo ello según lo predispuesto en el texto constitucional.

La Constitución atribuye *autonomía financiera y tributaria* a los municipios dentro de los parámetros estrictamente señalados en su artículo 31, con las limitaciones y prohibiciones prescritas en los artículos 18, 34 y 136 del mismo texto constitucional, derivadas de las competencias del poder nacional, a fin de garantizar la autosuficiencia económica de las entidades locales. No obstante, la Constitución sujeta a la ley nacional y a la leyes estadales, el aporte que reciben las municipalidades, por intermedio de los estados, del poder nacional, al cual se denomina Situado Constitucional. Por lo que respecta a los límites de la autonomía tributaria municipal, su ejercicio debe supeditarse a los principios de la legislación reglamentaria de las garantías constitucionales, que corresponden al poder nacional, ya que la legalidad tributaria es una garantía ligada al surgimiento mismo del Estado de derecho.

Reiterando el criterio sentado en la referida sentencia, estima esta Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia, que en el ordenamiento constitucional que entró en vigencia como consecuencia de promulgación de la Constitución, se mantienen los límites de la autonomía tributaria municipal a que dicha decisión alude, siendo los mismos, aquellos que se deriven de las competencias que en materia tributaria ostentan las otras personas político territoriales que conforman el modelo federal del Estado venezolano[55].

En todo caso, y dentro de estas limitaciones, el artículo 4 LOPPM ha precisado que corresponde a los municipios en ejercicio de su autonomía, lo siguiente:

1. Elegir sus autoridades.
2. Crear parroquias y otras entidades locales.
3. Crear instancias, mecanismos y sujetos de descentralización, conforme a la Constitución y la ley.
4. Asociarse en mancomunidades y demás formas asociativas intergubernamentales para fines de interés público determinados.
5. Legislar en materia de su competencia, y sobre la organización y funcionamiento de los distintos órganos del municipio.
6. Gestionar las materias de su competencia.
7. Crear, recaudar e invertir sus ingresos.

---

55 Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 83, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 199. Véase igualmente sentencia 1153 de 10 de octubre de 2000 de la Sala Constitucional, *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 226 y ss; la sentencia 726 de 23 de mayo de 2002 de la Sala Político Administrativa, *Revista de Derecho Público*, n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, pp. 288 y ss; la sentencia 1535 de 10 de junio de 2003 de la Sala Constitucional, *Revista de Derecho Público*, n.º 93-96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 232 y ss; y la sentencia del 1 de octubre de 2003 de la misma Sala, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 336 y ss.

8. Controlar, vigilar y fiscalizar los ingresos, gastos y bienes municipales, así como las operaciones relativas a los mismos.

9. Impulsar y promover la participación ciudadana, en el ejercicio de sus actuaciones.

10. Las demás actuaciones relativas a los asuntos propios de la vida local conforme a su naturaleza.

Todo ello, implica que la autonomía municipal comprende una autonomía política, una autonomía normativa, una autonomía organizativa, una autonomía tributaria y una autonomía administrativa; y que en todo caso, los actos de los municipios no pueden estar sujetos a revisión ni intervención de parte de los otros órganos del poder público ni estadal ni nacional, excepto del poder judicial en vía constitucional o contencioso administrativa.

Sobre este alcance de la autonomía municipal, la Sala Constitucional en sentencia 618 del 2 de mayo de 2001, ha indicado que:

> Esa autonomía municipal contiene tres aspectos, a saber: a) Político: en tanto se autogobierna por la elección de sus autoridades por parte de los ciudadanos que conviven en su jurisdicción, mediante los mecanismos democráticos previstos en la Constitución y la ley; b) Normativo: en el sentido de que tienen capacidad para dictar su propio ordenamiento jurídico en las materias que le han sido atribuidas constitucionalmente, sean estas materias exclusivas o concurrentes con otro ente político territorial (República y estados); y, c) Financiero: toda vez que la Constitución precisó las distintas fuentes de ingresos con las que cuenta el gobierno municipal para llevar a cabo su gestión, teniendo la posibilidad de invertir dichos ingresos según las prioridades que determine la realidad de cada municipio, sin injerencia del poder nacional y poder estadal, con la excepción de la inversión de los ingresos provenientes del Situado Constitucional, puesto que estos se invierten coordinadamente con planes desarrollados por los estados[56].

B. *La autonomía política*

En primer lugar, está la autonomía política que es la que da origen al autogobierno, y que implica la "elección de sus autoridades" lo que debería ocurrir a través de mecanismos que, como lo indicaba la Constitución de 1961, deberían ser "siempre de carácter democrático (art. 27)[57].

En efecto, la autonomía, políticamente hablando, en un Estado democrático federal y que pretende ser descentralizado, tiene que implicar el carácter democrático representativo de los municipios, lo que conduce a que sus autoridades o representantes, los concejales y los alcaldes, tengan que ser electos por votación universal, directa y secreta. Por ello, la vieja figura de los Prefectos (funcionarios designados por los gobernadores de los estados) que en el régimen municipal de los distritos autónomos antes de 1961 tenían algunas funciones "ejecutivas" municipales, a partir de la promulgación de la Constitución de 1961 fueron progresivamente "desmunicipalizados"[58].

---

56 Véase *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 199.

57 Ello también lo exigía la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989 (art. 3). La exigencia expresa, sin embargo, fue eliminada de la Constitución de 1961 y de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2005.

58 Véase sobre la figura de los Prefectos los comentarios en sentencia de la Sala Constitucional 2651 de 2 de octubre de 2003, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 330 y ss.

La Constitución, en cuanto a la forma de elección de los alcaldes y concejales no reguló nada en forma específica, de manera que incluso en cuanto a estos últimos, se limitó a decir que deben ser electos "en la forma establecida en la Constitución" (art. 175), lo que repite el artículo 92 de la Ley Orgánica, remitiendo además a lo que establezca la ley respectiva, que debe ser la Ley Orgánica del Sufragio, la cual no hasta julio de 2005 no se había dictado. En dicha elección, en todo caso, conforme a la Constitución, la ley debe garantizar tanto el principio de la personificación del sufragio como la representación proporcional (art. 63).

C. *La autonomía normativa*

En segundo lugar, los municipios tienen autonomía normativa, es decir, se dictan su propio ordenamiento en las materias de su competencia, o como lo indica la Ley Orgánica, legislan en las materias de su competencia, y sobre la organización y funcionamiento de los distintos órganos del municipio.

El instrumento normativo por excelencia, de carácter legislativo del cual disponen los municipios, son las ordenanzas, definidas en el artículo 54,1 de la ley Orgánica como "actos que sancionan los concejos municipales para establecer normas con carácter de ley municipal, de aplicación general sobre asuntos específicos de interés local".

Dado el carácter legislativo de las ordenanzas, las mismas deben recibir por lo menos dos discusiones y en días diferentes, deberán ser promulgadas por el alcalde y ser publicadas en la *Gaceta Municipal* o *Distrital,* según el caso, y prever, de conformidad con la ley o si lo ameritare la naturaleza de su objeto, la *vacatio legis* a partir de su publicación. La Ley Orgánica exige, además, que durante el proceso de discusión y aprobación de las ordenanzas, el concejo municipal debe consultar al alcalde, a los otros órganos del municipio, a los ciudadanos y ciudadanas, a la sociedad organizada de su jurisdicción, y debe atender las opiniones por ellos emitidas (art. 54,1).

Por ello, ante todo, son las ordenanzas municipales las llamadas a determinar el régimen organizativo y funcional de los poderes municipales según la distribución de competencias establecidas en la Constitución, en la Ley Orgánica y en las leyes estadales (art. 5 de la ley Orgánica).

En consecuencia, las ordenanzas municipales en Venezuela tienen carácter de "leyes locales" y así lo reconoció la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia desde hace ya varias décadas[59], y lo ha ratificado la del Tribunal Supremo. Es decir, las normas que los concejos municipales producen tienen carácter de ley en relación, por supuesto, con las materias propias de la competencia municipal. De lo contrario no se entendería, por ejemplo, cómo mediante ellas se pueden establecer impuestos, lo cual está reservado a la ley (art. 317 C.).

En tal sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia nº 886 de 13 de mayo de 2004 (caso Impugnación de la ordenanza de Impuestos sobre Juegos y Apuestas dictada por el municipio Iribarren del Estado Lara, de 19-10-1994*)*, revisó el alcance de la autonomía normativa y financiera de los municipios tal como había sido descrita por la jurisprudencia de la Sala Plena de la entonces Corte Suprema de Justicia (caso Heberto Contreras Cuenca, de fecha 13 de noviembre de 1989), en los siguientes términos:

---

59 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1939-1974 y Estudios de Derecho Administrativo,* t. II, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1976, pp. 278 y ss.

La Constitución confiere autonomía normativa limitada a las municipalidades, entendida ella no como el poder soberano de darse su propia ley y disponer de su existencia, que sólo le corresponde a la República de Venezuela, sino como el poder derivado de las disposiciones constitucionales de dictar normas destinadas a integrar el ordenamiento jurídico general, en las materias de su competencia local, incluso con respecto a aquellas que son de la reserva legal; circunstancia ésta que ha dado lugar a que la jurisprudencia de este Supremo Tribunal haya otorgado carácter de 'leyes locales' a las ordenanzas municipales. En cuanto al valor normativo de esas fuentes de derecho emanadas de los municipios, en algunos casos se equiparan a la ley nacional, supuestos en los cuales se da una relación de competencia, mientras que en otros deben subordinarse a las leyes nacionales y estadales, supuestos en los cuales se da una relación de jerarquía normativa, todo ello según lo predispuesto en el texto constitucional[60].

La competencia normativa de los municipios, por tanto, conforme a esta jurisprudencia, también es una autonomía limitada, pero en las materias de la exclusiva competencia municipal, debería implicar su ejercicio pleno, en el sentido de que no estaría sujeta a la ley nacional o estadal en las materias que sean exclusivamente municipales y donde no exista concurrencia, en cuyo caso, sólo estaría sujeta al control jurisdiccional por la jurisdicción constitucional y la jurisdicción contencioso administrativa conforme lo dispone el artículo 168 C. Por ello, incluso, conforme a la Ley Orgánica y en virtud precisamente de la autonomía municipal, "las ordenanzas, acuerdos, reglamentos, decretos, resoluciones y demás instrumentos jurídicos municipales son de obligatorio cumplimiento por parte de los particulares y de *las autoridades nacionales, estadales y locales"* (art. 54).

Ahora bien, la Constitución establece, en algunos casos (la mayoría), materias en las cuales hay concurrencia de competencias entre los diversos niveles, y en estos casos, corresponde a la ley nacional establecer el ámbito que corresponde a cada nivel. Sin embargo, en las materias propias de la vida local, donde no hay concurrencia, el municipio es enteramente autónomo y las ordenanzas son dictadas sin sujeción a la normativa nacional, porque ésta no puede invadir las competencias municipales. Por ello fue muy frecuente la participación de la antigua Corte Suprema de Justicia en el conocimiento de conflictos entre ordenanzas municipales y leyes nacionales, denunciadas tanto por los municipios como por el poder nacional, en el sentido de que se considera que hay invasión de competencias o usurpación de funciones, cuando un órgano del poder municipal invade competencias de un órgano del poder nacional y viceversa. En la materia existe una muy extensa jurisprudencia donde delimita las competencias en los casos de conflicto[61].

D. *La autonomía organizativa*

Los municipios, además, tienen autonomía organizativa, por ejemplo, crear parroquias y otras entidades locales; crear instancias, mecanismos y sujetos de descentralización, conforme a la Constitución y la ley; asociarse en mancomunidades y demás formas asociativas intergubernamentales para fines de interés público determinados, y legislar en materia de su competencia, y sobre la organización y funcionamiento de los distintos órganos del municipio (art. 4, ords. 2,3,4,5).

---

60 Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 98 a 99, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 186-187. Véase también sentencia 1535 de 10 de junio de 2003 de la Sala Constitucional (caso Impugnación de la ordenanza sobre Juegos y Apuestas Lícitas del concejo municipal del Municipio Junín del Estado Táchira), *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, p. 233.

61 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1939-1974 y Estudios de Derecho Administrativo,* t. II, cit., pp. 246 y ss.

Sin embargo, por expresa disposición constitucional, esta potestad organizativa está sujeta a lo que se establezca en las leyes nacionales y estadales. Para ello el artículo 169 C. dispone que "La organización de los municipios y demás entidades locales se regirá por esta Constitución, por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las leyes orgánicas nacionales, y por las disposiciones legales que de conformidad con aquellas dicten los estados".

En particular, a los efectos del establecimiento de los diversos y diferenciados regímenes municipales que exige dicho 169 C., el artículo 47 LOPPM ha remitido tal regulación a lo que establezcan las leyes estadales, atendiendo a las condiciones de población, desarrollo económico, capacidad para generar ingresos fiscales propios, situación geográfica, elementos históricos y culturales y otros factores relevantes.

E. *Autonomía tributaria*

Pero además de la autonomía política, normativa y organizativa, el municipio tiene autonomía tributaria, en el sentido de que en la Constitución se prevén sus tributos propios. Por tanto, puede señalarse que así como los órganos del poder nacional tienen una potestad tributaria originaria, también los municipios tienen una potestad tributaria originaria, de manera que es la Constitución la que establece cuáles tributos son nacionales y cuáles son municipales, y éstos son desarrollados por los propios municipios en sus propias ordenanzas, no pudiendo el poder nacional intervenir en estas regulaciones tributarias locales.

En esta forma, el artículo 179.2 del texto fundamental, por ejemplo, establece como ingresos municipales, los siguientes "los impuestos sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar, con las limitaciones establecidas en esta Constitución; los impuestos sobre inmuebles urbanos, vehículos, espectáculos públicos, juegos y apuestas lícitas, propaganda y publicidad comercial; y la contribución especial sobre plusvalías de las propiedades generadas por cambios de uso o de intensidad de aprovechamiento con que se vean favorecidas por los planes de ordenación urbanística", los cuales deben ser regulados con entera autonomía, en cada municipio, en sus respectivas ordenanzas, con las limitaciones previstas en el artículo 183 del texto fundamental.

Por otra parte, la Constitución también prevé como ingreso municipal al impuesto territorial rural o sobre predios rurales, así como la participación en la contribución por mejoras y otros ramos tributarios nacionales o estadales, "conforme a las leyes de creación de dichos tributos" (art. 179.3), en cuyo caso, la regulación municipal que se pueda dictar en relación con estos tributos está enteramente sometida a la regulación establecida en la ley nacional. En tal sentido la propia Constitución atribuye al poder nacional competencia para "La creación y organización de impuestos territoriales o sobre predios rurales y sobre transacciones inmobiliarias, cuya recaudación y control corresponda a los municipios, de conformidad con esta Constitución" (156.14).

Se debe mencionar, por otra parte, que la Constitución de 1999 estableció como competencia del poder nacional, la atribución de la Asamblea nacional de dictar la "legislación para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias; para definir principios, parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estadales y municipales; así como para crear fondos específicos que aseguren la solidaridad interterritorial" (art. 156.13). Ello, sin duda, se configura como otra limitación a la autonomía normativa y tributaria municipal.

A ello se agrega, lo que la antigua Corte Suprema de Justicia destacó en el sentido de que “por lo que respecta a los límites de la autonomía tributaria municipal, su ejercicio debe supeditarse a los principios de la legislación reglamentaria de las garantías constitucionales, que corresponden al poder nacional, ya que la legalidad tributaria es una garantía ligada al surgimiento mismo del Estado de derecho[62].

F. *Autonomía administrativa*

Además de la autonomía política, normativa, organizativa y tributaria, los municipios tienen, por supuesto, también, una autonomía administrativa o de libre gestión de las materias de su competencia (art. 168.2 C.), lo que implica no sólo autonormación, sino también autoadministración y, por lo tanto, la posibilidad de invertir los ingresos municipales en la forma como lo juzguen conveniente, sin intervención alguna del poder nacional o del poder estadal. Podríamos señalar, sin embargo, que una limitación a esta libre gestión sólo se podría deducir del sistema del situado constitucional, en cuanto a los ingresos del municipio provenientes del situado que se asigna a los estados y que éstos, a su vez, deben transferir, en un porcentaje, a los municipios. En este caso, el artículo 167.4 C., al regular el situado como una partida equivalente a un máximo del veinte por ciento del total de los ingresos ordinarios estimados anualmente por el Fisco Nacional, la cual se distribuirá entre los estados y el Distrito Capital, establece que los estados deben destinar a la inversión un mínimo del 50 % del monto que les corresponda por concepto de situado, correspondiéndoles a los municipios de cada estado, en cada ejercicio fiscal, una participación no menor del 20 % del situado y de los demás ingresos ordinarios del respectivo estado; disponiendo además, que la ley nacional debía establecer los principios, normas y procedimientos que deben propender “a garantizar el uso correcto y eficiente de los recursos provenientes del situado constitucional y de la participación municipal en el mismo”.

La Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del poder público[63], en la materia, sólo estableció que en las leyes de presupuesto de los estados se debía incorporar una partida destinada a los municipios denominada situado municipal, no menor del 20 % de la estimación de los demás ingresos ordinarios de la entidad federal, diferente del respectivo situado constitucional. La ley agregó que el situado municipal sería distribuido entre los municipios del estado de conformidad con la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (art. 14), la cual modificó dicha disposición, al establecer en su artículo 141 que el situado municipal comprende: 1. Una cantidad no menor al 20% de la correspondiente al respectivo estado en el presupuesto de los ingresos ordinarios del Fisco nacional; y 2. Una participación no menor del 20% de los demás ingresos ordinarios del mismo estado. Agregó la ley que la distribución del situado entre los municipios de cada estado se debe hacer conforme a los siguientes parámetros: 30% en partes iguales, 50% en proporción a la población de los municipios y 20% en proporción a su extensión territorial.

En cuanto a los principios, normas y procedimientos que deben propender “a garantizar el uso correcto y eficiente de los recursos provenientes del situado constitucional y de la participación municipal en el mismo” a que se refiere el artículo 167 C., los mismos estarían regulados en la Ley de los consejos locales de planificación[64] y en sus regulaciones sobre el presupuesto participativo que se abalizan más adelante.

---

62 Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 98 a 99, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 186-187. Véase también sentencia 1535 de 10 de junio de 2003 de la Sala Constitucional (caso Impugnación de la ordenanza sobre Juegos y Apuestas Lícitas del concejo municipal del Municipio Junín del Estado Táchira), *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, p. 233.

63 *Gaceta Oficial* n.º 37.753 de 14 de agosto de 2003.

64 *Gaceta Oficial* n.º 37.453 del 12 de junio de 2003.

G. *La garantía de la autonomía*

La autonomía de los municipios, tal como se ha señalado, es un principio constitucional fundamental derivado de la distribución vertical del poder público que caracteriza nuestra forma de Estado. Por ello, la propia Constitución establece la garantía de dicha autonomía al prescribir, que "los actos de los municipios no podrán ser impugnados sino por ante los tribunales competentes de conformidad con la Constitución y con la ley" (art. 168); garantía que se repite en la Ley Orgánica (art. 4).

En consecuencia, en Venezuela no existe ninguna forma de control de tutela de carácter administrativo o político, por parte de la República o de los estados sobre los municipios, siendo sólo posible que por ley se extiendan las funciones de la Contraloría General de la República a las administraciones municipales (art. 289,1), "sin perjuicio de las facultades que se atribuyan a otros órganos, como las contralorías municipales.

Por otra parte, la garantía de la autonomía municipal también se configura como una garantía objetiva de orden constitucional, en el sentido de que las invasiones de competencias y lesiones a la autonomía por parte de los órganos de la República y de los estados, se consideran usurpación de funciones y autoridad, cuyos actos son nulos (art. 138 C.) y pueden ser anulados por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (art. 336 C.) y por los órganos de la jurisdicción contencioso administrativos (art. 259 C.).

III. EL MUNICIPIO Y LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

1. *La democracia: representación y participación*

Ahora bien, en vista de la necesidad de constituir al municipio como la unidad política primara de la organización nacional y el nivel esencial para permitir la participación ciudadana, es necesario ubicar el régimen municipal en la perspectiva democrática[65], en particular de la llamada democracia participativa, como si se tratara de conceptos dicotómicos.

La democracia participativa, en realidad, es la que podría permitir y asegurar una efectiva participación política del ciudadano en la conducción de los asuntos públicos más allá del ejercicio del derecho al sufragio, como sólo la descentralización y municipalización pueden lograr. Pero la participación, por supuesto, no excluye la representación ni la democracia participativa se contrapone a la representativa, y menos sustituirla.

En efecto, los dos principios fundamentales de la democracia en el mundo contemporáneo pueden decirse que siguen siendo la representación y la participación. El primero, el de la representación, si a algo se contrapone sin duda es a la democracia directa: la dicotomía está, en este caso, entre la democracia representativa o indirecta, por una parte, y por la otra, la democracia directa[66].

El segundo principio, el de la participación, a la vez, si a algo se contrapone es a la exclusión política, no a la representación. La dicotomía está aquí entre democracia participativa o de inclusión y democracia de exclusión o exclusionista. Y esto es precisamente lo que no se tiene claro cuando se habla de democracia participativa como "contrapuesta" a la

---

65 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Democracia municipal, descentralización y desarrollo local", *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, n.º 11, Madrid. Ministerio de Administraciones Públicas, 2003, pp. 11-34 (Conferencia Inaugural dictada por el autor en el *XXVI Congreso Iberoamericano de municipios*, organizado por la Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal (OICI) y el Ayuntamiento de Valladolid, Valladolid, España, 13 de octubre de 2004).

66 Cfr. en general, LUIS AGUIAR DE LUQUE, *Democracia directa y Estado constitucional*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1977.

democracia representativa[67]: en algunos casos refiriéndose a los mecanismos de democracia directa; y en otros casos, confundiéndose los conceptos para propugnar la eliminación o minimización de la representatividad y buscar establecer una supuesta relación directa entre el líder y sus estructuras de poder y el pueblo, a través de los mecanismos institucionales del Estado dispuestos para hacer creer que se participa.

A. *La representación: la democracia directa y la democracia indirecta (representativa)*

En cuanto a la democracia representativa o democracia indirecta, esta es y seguirá siendo de la esencia de la democracia. Su sustitución es imposible si de democracia se trata, sin perjuicio de que afortunadamente se haya venido enriqueciendo en las últimas décadas, precisamente, con la introducción en nuestros sistemas políticos de mecanismos de democracia directa que la complementan, pero que jamás podrán sustituirla. No puede existir en el mundo contemporáneo una democracia que sólo sea refrendaria o de cabildos abiertos permanentes. Recordemos incluso que ni en la antigua Grecia existieron realmente sistemas que sólo fueran de democracia directa, donde las decisiones supuestamente sólo se tomaban en asambleas, pues la conducción de los asuntos públicos realmente la hacían los magistrados, que si bien no eran siempre electos, si eran designados por sorteo.

Pero lo cierto es que hoy por hoy, en casi todos los sistemas constitucionales contemporáneos se han incorporado mecanismos de consultas populares y de asambleas de ciudadanos con el objeto de complementar la representatividad. Además, todos los tipos imaginable de referendos, como los consultivos, aprobatorios, decisorios, abrogatorios, autorizatorios y revocatorios, los hemos ensayado; al igual que se han regulado las iniciativas populares. Todo ello, sin duda, ha contribuido a la movilización popular y a la relativa manifestación directa de voluntad del pueblo; pero es claro que esos mecanismos no pueden sustituir a la democracia conducida por representantes electos. Lo importante en este aspecto, es asegurar que dichos representantes sean realmente representativos de las sociedades y sus comunidades, y sean elegidos mediante sistemas de sufragio directo, universal y secreto donde impere el pluralismo político, y a través de procesos electorales transparentes que aseguren el acceso al poder con sujeción al Estado de derecho, tal como lo establece la *Carta Democrática Interamericana* de la Organización de Estados Americanos de 2001.

B. *La participación: la democracia de inclusión (participativa) o la democracia de exclusión*

Pero sin duda, más interés contemporáneo tiene el segundo principio básico de la democracia, que es el de la participación política, el cual exige que el régimen democrático sea uno de inclusión política, donde el ciudadano sea parte de su comunidad política, y pueda contribuir a toma de las decisiones que le conciernen.

[67] En sentencia 1037 del 1 de agosto de 2000, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (caso APRUM) puntualizó lo siguiente: “La democracia participativa no choca necesariamente con la democracia representativa, ni se excluyen, y dentro de un sistema republicano necesariamente debe haber autoridades, poderes públicos que representen a los demás, y esa es la esencia de la República como tal; son estos entes representativos quienes van a establecer las normas para poder permitir la participación, porque toda participación debe estar sujeta a normas o a un principio de legalidad que establezca cuáles son los poderes de la administración Pública y en qué manera los ciudadanos pueden hacerse parte de la actividad administrativa y la participación legítima a los órganos de representación republicanos, razón por la cual ambos tipos de democracia se complementan”, *Revista de Derecho Público*, n.º 83, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 394.

Si, hay que decirlo con claridad, participar en realidad es estar incluido, por lo que la dicotomía en este caso de la participación política se establece con la exclusión política, que además conlleva la de orden social y económico, y con ello la marginalización.

Lamentablemente, sin embargo, en la doctrina política democrática, con demasiada frecuencia se confunden los conceptos, y cuando se habla de democracia participativa se la confunde con los mecanismos de democracia directa, y se la reduce, por ejemplo, a las iniciativas legislativas, consultas populares, cabildos abiertos y referendos[68]. Sin embargo, la democracia participativa es mucho más que eso.

Participar, en efecto, en el lenguaje común, es ser parte de…; es pertenecer a…, es incorporarse, contribuir, estar asociado o comprometerse a…; es tener un rol en…, es tomar parte activa, estar envuelto o tener una mano en…; es en fin, asociarse con…, es compartir o tener algo que ver con... Por ello, la participación política no es otra cosa que ser parte de una comunidad política, en la cual el individuo tiene un rol específico de carácter activo conforme al cual contribuye a la toma de decisiones, y que no se puede agotar, por ejemplo, en el sólo ejercicio del derecho al sufragio (que sin duda es una forma mínima de participación); o en ser miembro de sociedades intermedias, aún las de carácter político como los partidos políticos; o en votar en referendos (que también es otra forma mínima de participación).

Participación política democrática, por tanto, es estar incluido en el proceso político y ser parte activa del mismo, sin mediatizaciones; es, en fin, poder tener acceso a la toma de decisiones públicas. Y ello, en ninguna sociedad democrática se ha logrado permanentemente con referendos o cabildos abiertos. Estos son formas de participación, pero de carácter mínimo. Tampoco se logra con manifestaciones así sean multitudinarias, donde la gente desfila blandiendo banderitas, criticando acerbamente o cantando o alabando obediente y sumisamente a un líder. Eso no es participación política; eso no es más que manifestación política, que es otra cosa. Esa, la historia se ha encargado de enseñárnosla en todas sus facetas, incluyendo las propias de los autoritarismos fascistas. Incluso las manifestaciones pueden ser poco amistosas, de protesta, a veces furiosas y violentas. Pero lo que es cierto es que no se la puede confundir con participación política.

La democracia participativa, o si se quiere, para que la democracia sea inclusiva o de inclusión, tiene que permitir al ciudadano poder ser parte efectivamente de su comunidad política; tiene que permitirle desarrollar incluso conciencia de su efectiva pertenencia, es decir, de pertenecer a un determinado orden social y político, por ejemplo, a una comunidad; a un lugar; a una tierra; a un campo; a una comarca; a un pueblo; a una región; a una ciudad; en fin, a un estado.

Se trata de lo que NORBERTO BOBBIO denominó “el proceso de expansión del poder ascendente”, que amplía de la esfera de las relaciones políticas, y que pasa -decía- “de la esfera de las relaciones en que el individuo es tomado en consideración en su papel de ciudadano, a la esfera de las relaciones sociales, donde el individuo es tomado en consideración en una diversidad de estatus y papeles específicos, por ejemplo, como padre y como hijo, como cónyuge, como empresario y trabajador, como maestro y como estudiante; y también como oficial y como soldado, como administrador y administrado, como productor y como consumidor, como gestor de servicios públicos y como usuario”[69].

---

68 Cfr. el importante discurso de incorporación como Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales del profesor HUMBERTO NJAIM, sobre el tema de *La democracia participativa,* Caracas, marzo 2005.

69 Véase NORBERTO BOBBIO, *El futuro de la democracia,* México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 42.

Pero por supuesto, el tema central a resolver cuando se trata de la participación democrática es determinar cómo y en qué lugar la misma puede realizarse. Como por su parte lo advirtió GIOVANNI SARTORI: "O el autor de la democracia participativa se decide a clarificar positivamente dónde está lo que corresponde a cuál participación (de cuál naturaleza) y en cuáles lugares (¿en todas partes?); o nos quedamos con un animal que no logró identificar". Sobre ello, agregaba, "mucho ruido, es cierto, también mucha polémica furiosa; pero queda la duda de que haya nacido algo nuevo"[70].

2. *La democracia de inclusión (participativa) y la participación política en el ámbito local*

A. *La participación como esencia histórica de la democracia*

La verdad, sin embargo, es que la democracia participativa no es nada nuevo; ha estado siempre, desde los mismos días de las Revoluciones del Siglo XIX en muchos países hoy con democracias consolidadas; allí, en el nivel más ínfimo de los territorios de los estados, en las asambleas locales, en los municipios, en las comunas. Lo que pasa es que no la hemos querido reconocer, e insistimos en confundirla con algunos instrumentos de democracia directa.

Por ello, el gran problema de la democracia contemporánea, y particularmente el problema de sus líderes y conductores, comenzando por los de los partidos políticos, es que a veces no entienden o mejor, no han querido entender qué es, efectivamente, participar en política, y dónde es que se puede realmente participar. Así, en el ámbito de los demócratas, con gran frecuencia la hemos reducido al ejercicio político del voto, de elegir o de ser miembro de partidos políticos; y es que toda participación, sin duda, complica el control férreo que los partidos políticos han desarrollado respecto del proceso político. No olvidemos que muchas democracias contemporáneas han funcionado conforme al principio del centralismo democrático el cual también sirvió, en su momento, a las democracias que en 1989 desaparecieron con la caída del muro de Berlín.

En el ámbito de los neo autoritarismos, por otra parte, donde con frecuencia se blande la bandera de una supuesta "democracia participativa" para rechazan la democracia representativa, en realidad no se concibe otra forma de "participación" que no sea la que deriva de la relación directa entre líder y pueblo, signada por la ordenes y consignas del primero y la obediencia y sumisión del segundo. Eso, por supuesto, tampoco es participación política; es un engaño y una sustitución autocrática de la voluntad popular.

Por su parte, los líderes de los partidos políticos, con harta frecuencia, han concebido la participación política como un monopolio de estos mismos, que por ello adquieren un supuesto derecho de mediatizar totalmente la voluntad popular, sustituyéndola y apoderándose de ella, y excluyendo de la vida política a quienes no son miembros de los mismos.

En las sociedades democráticas avanzadas, en cambio, la participación está en la corriente sanguínea de la propia democracia, y por ello, incluso quienes la ejercen y la viven cotidianamente no se dan cuenta de ella; no le prestan atención y por ello, a veces no se la logra identificar. Como sucede en las democracias europeas, que son democracias inclusivas, pero a veces se piensa que ello es así, naturalmente, cuando no es cierto.

---

70 Véase GIOVANNI SARTORI, *¿Que es democracia?* , Bogotá, Altamira Editores, 1994.

B. *La participación ciudadana y el ámbito municipal y local*

No olvidemos que ello lo descubrió para Europa, ALEXIS DE TOCQUEVILLE, cuando precisamente se topó con el régimen local asambleario que funcionaba desparramado en todo el territorio de las colonias inglesas en la costa este de Norteamérica, con su libro *La Democracia en América*, democracia que hervía en los *Town Halls*[71]. Esas instituciones comunales, decía DE TOCQUEVILLE, "son a la libertad lo que las escuelas vienen a ser a la ciencia; la ponen al alcance del pueblo, le hacen paladear su uso político y lo habitúan a servirse de ella"[72]. Y en Europa misma, esa democracia local fue uno de los productos más acabados y a veces incomprendidos de la propia Revolución Francesa, la cual sin embargo, también fue advertido por el propio DE TOCQUEVILLE en su otra clásica obra sobre *El Antiguo Régimen y la Revolución*, escrito veinte años después. Decía: "La administración local tiene un contacto diario con [los ciudadanos]; toca continuamente sus puntos más sensibles; influye en todos los pequeños intereses que forman el gran interés que se pone en la vida; es el objeto principal de sus temores y también el de sus esperanzas más queridas; los mantiene vinculados a ella por una infinidad de lazos invisibles que los arrastran sin que se den cuenta" [73].

Y en efecto, dejando aparte y sin sustituir al sufragio y a los instrumentos de democracia directa, la participación política como democracia de inclusión en la cual el ciudadano puede tomar parte personalmente en un proceso decisorio, interviniendo en actividades estatales y en función del interés general[74], sólo puede tener lugar efectivamente en los estamentos territoriales más reducidos, en el nivel local, comunal o municipal. Es decir, sólo en los niveles territoriales inferiores de la organización del Estado es que se puede montar una organización participativa que permita la incorporación del ciudadano individual, o en grupos o en comunidades, en la vida pública, y particularmente, en la toma de decisiones públicas generales o de orden administrativo.

Como lo señaló el ex alcalde de Bogotá, JAIME CASTRO, "La democracia moderna no se concibe sin audaces formas de participación ciudadana y comunitaria en el ejercicio del poder a nivel local y regional. Sin la garantía de que todas y todos pueden y deben participar en la preparación de las decisiones que se piensen tomar sobre temas de interés general, en su adopción y ejecución, esto último mediante el control que realicen sobre la gestión de las autoridades y los particulares que ejerzan funciones públicas. Sólo esas formas democráticas de participación les cambian la cara a las instituciones y permiten hablar de un nuevo régimen político"[75].

Pero por supuesto, el tema central que tiene que resolverse cuando se habla con propiedad de democracia participativa, es el de la determinación del nivel territorial que se requiere para la participación como cotidianeidad democrática, y la opción está entre el

---

71 Véase ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973, pp. 79 y ss.

72 Idem., p. 78.

73 ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, t. I., Madrid, Alianza Editorial, 1982, p. 15.

74 Cfr. por ejemplo, en relación con la administración de justicia, ALBERTO GONZÁLEZ, "Participación en la Administración de Justicia", en JORGE LONDOÑO U. (Compilador), *Constitucionalismo, participación y democracia*, Bogotá y Tunja, Librería Jurídica Ethos y Uniboyacá, , 1997, pp. 76 y 77.

75 Véase JAIME CASTRO, *La cuestión territorial*, Bogotá, Editorial Oveja Negra, 2003, pp. 201-202. Se destaca, p. ej. Que en el libro OLIVIER DUHAMEL y MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, *Las democracias. Entre el Derecho Constitucional y la Política,* Bogotá, TM Editores y Universidad de los Andes. 1997, en la única página en la cual se habla y se usa la expresión de "democracia de participación" es en relación con el sistema suizo, país que es el paradigma del federalismo y del régimen local o cantonal, p. 56.

municipio desparramado en todos los rincones de un Estado, en cada villa, pueblo y caserío, situado bien cerca del ciudadano; o el gran municipio urbano o rural, situado al contrario bien lejos del ciudadano. Lo cierto, en definitiva, es que en la mayoría de los llamados países desarrollados democráticos predomina la existencia de muchos municipios, y entre ellos, de municipios pequeños: en Alemania, por ejemplo, de sus 16.098 municipios, un 76% tiene menos de 5.000 habitantes; y en España, alrededor del 86% de sus más de 8.056 municipios, tienen menos de 5.000 habitantes, agrupando sólo el 16% de la población, y el 61% tiene menos de 1.000 habitantes[76]. Debe destacarse, además, como un ejemplo de lo que significa para un país tener territorialmente muchos pequeños municipios, el caso de la sola Comunidad de Castilla y León de España, que alberga algo más de un cuarto del total de los municipios de ese país, con 2.248 municipios para 2,484.603 habitantes, de los cuales el 68,5 %, es decir, 1.540 municipios tienen menos de 500 habitantes[77]. En contraste, por ejemplo, en Venezuela, con casi un millón de kilómetros cuadrados de territorio, y más de 24 millones de habitantes, sólo hay 338 municipios, con un promedio de población superior a los 70.000 habitantes.

4. *La democracia participativa y la descentralización política*

A. *La participación como fenómeno de la vida local*

La democracia participativa está indisolublemente ligada no a la democracia directa, sino a la descentralización política y la municipalización, y la misma no se puede materializar con solo propuestas de incorporación al régimen democrático de instrumentos como los referendos o las consultas o las iniciativas populares. La democracia participativa no se agota ni se puede confundir con la democracia directa, como suele suceder en muchos estudios sobre la democracia que propugnan se perfeccionamiento[78]. Como lo ha señalado la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia n.º 1037 de 1º de agosto de 2000:

Un elemento fundamental dentro de lo que es la democracia, es la descentralización, no puede haber democracia sin descentralización, ese debe ser el apellido de la democracia. Estando cada vez más cerca de las comunidades quien toma las decisiones que los orienten o satisfagan sus necesidades es que exista una interacción entre los vecinos y la Administración[79].

Por ello, para ubicar exactamente qué es la democracia participativa, lo que habría que hacer es preguntarse: ¿porqué hay países que llamamos democráticamente desarrollados como los europeos, donde no se plantea con tanta urgencia la necesidad de la participación ciudadana y en los cuales precisamente impera la fragmentación municipal? En cambio, también tenemos que preguntarnos, ¿Por qué es que en todos nuestros países latinoamericanos, que al contrario, tienen muy pocos municipios para sus enormes territorios estatales y su población, es donde sin embargo, más se grita al unísono contra nuestras insuficiencias democráticas clamándose a la vez por una democracia participativa?

---

76 Cfr. Torsten Sagawe, "La situación de los pequeños municipios en Europa: con especial referencia a la República Federal de Alemania", en Luis Villar Borla et ál, *Problemática de los pequeños municipios en Colombia ¿Supresión o reforma?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 40.

77 *Informe sobre el Gobierno Local,* Madrid. Ministerio para las Administraciones Públicas y Fundación Carles Pi i Sunyer dÉtudis Autonòmics y Locals, 1992, p. 27.

78 Cfr. por ejemplo, en Venezuela, los estudios publicados en *Participación Ciudadana y Democracia*, Caracas, Comisión Presidencial para la Reforma del Estado, 1998.

79 Caso Asociación de Propietarios y Residentes de la Urbanización Miranda (APRUM) vs. Alcaldía del Municipio Sucre del Estado Miranda, *Revista de Derecho Público*, Nº 83, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, p. 394.

La participación política como cotidianeidad democrática o como parte de la democracia como forma de vida, sólo puede darse a nivel local. No hay otra instancia en los estados; lo demás es falacia y engaño, o mecanismos de democracia directa. Por ello es que el tema, precisamente, no tiene tanta notoriedad en los países europeos, donde la participación es de todos los días, en las pequeñas cosas que pueden tratarse en esos pequeños municipios rurales como son precisamente la mayoría de los países europeos. La participación local se tiene; está allí, diariamente, en la vecindad e, incluso, en los consejos abiertos que tan bien ha estudiado Enrique Orduña, con los cuales se gobiernan, por ejemplo, al menos los 419 municipios de la Comunidad de Castilla y León con población inferior a 100 habitantes, y que se ha mantenido a través de los Siglos y de los regímenes políticos, habiendo encontrado incluso reconocimiento constitucional en 1978[80].

B. *La participación, el localismo y la descentralización*

La participación política o la democracia participativa están, por tanto, íntimamente unidas al localismo y a la descentralización, y ésta, a la limitación del poder, lo que es consustancial con la democracia. El régimen local, es entonces, como lo ha dicho EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, la estructura que "da curso al derecho ciudadano a participar en todos, completamente en todos los asuntos públicos que afectan a la propia comunidad"[81]; de manera que como ya nos lo advirtió hace más mas de treinta años nuestro muy recordado amigo SEBASTIÁN MARTÍN RETORTILLO, cuando España aún no había entrado en el proceso de transición hacia la democracia, en aquella excelente obra que dirigió sobre *Descentralización administrativa y organización política,* al destacar las raíces eminentemente políticas del tema; constataba que la participación efectiva del ciudadano común, siempre presupone la descentralización[82]; de manera que sin temor a equivocarnos podemos afirmar que no sólo sin descentralización político o territorial, es decir, sin que exista una multiplicidad de poderes locales y regionales, no puede haber participación política, sino que en definitiva no puede haber una democracia participativa. La descentralización es, por tanto, la base de la democracia participativa y a la vez, el impulso de la democratización y control del poder. El centralismo, en cambio es la base de la exclusión política al concentrar el poder en unos pocos electos, y a la vez, el motivo del desprestigio de la democracia representativa por más aditivos de democracia directa o refrendaria se le implantes.

Por ello hemos dicho que "el debate contemporáneo en nuestros países por más democracia tiene que centrarse en el rescate del proceso de descentralización política. Perfeccionar la democracia exige hacerla más participativa y más representativa, para lo cual la única vía posible que existe es acercando el poder al ciudadano, y ello sólo puede lograrse descentralizando territorialmente el poder del Estado y llevarlo hasta la más pequeña de las comunidades; es decir, distribuyendo el poder en el territorio nacional"; a lo cual hemos agregado además, que "cualquiera que sea la forma de descentralización política, se trata de proyectos y propuestas contrapuestos radicalmente al centralismo de Estado y a la concentración del poder, que son esencialmente antidemocráticos". En definitiva, la propuesta política que formulamos, y ahora insistimos en ratificar, "busca el diseño en nuestros países, de un nuevo sistema político que la democracia exige, y que sólo puede tener por objeto hacerla más participativa, con gran presencia de la sociedad civil, y más representativa

80 Véase ENRIQUE ORDUÑA R., *Democracia directa municipal. Concejos y Cabildos Abiertos,* Madrid, Editorial Civitas, 1994.

81 Citado en SEBASTIÁN MARTÍN RETORTILLO, en "Introducción" al libro SEBASTIÁN MARTÍN RETORTILLO et ál, *Descentralización administrativa y organización política,* t. I, Madrid, Ediciones Alfaguara, 1973, p. LVIII.

82 *Idem*, p. LIX.

de las comunidades. Ello implica desparramar el poder en todo el territorio, hasta la última de las comunidades, para que el ciudadano y sus sociedades intermedias puedan realmente participar"[83].

C. *La participación, el municipio y la lugarización*

Y ello implica, por sobre todo, la municipalización de los territorios de nuestros países, para rescatar, más de doscientos años después, lo que fue la decisión terminante de la Asamblea Nacional Constituyente francesa en aquél diciembre de 1789, y que se traduciría hoy en nuestros países contemporáneos, en la frase de que toda comunidad rural, todo caserío, todo pueblo, todo barrio urbano, debía tener su autoridad local como comunidad política, que llamaremos municipio conforme a nuestra tradición histórica. Como lo enuncia la Constitución de la Provincia del Chaco, en Argentina: "Todo centro de población constituye un municipio autónomo…[84].

Pero por supuesto, para ello, es decir, para una reforma política de esta naturaleza, tenemos que pensar en otro municipio, para no desparramar territorialmente la estructura burocrática local, mal y uniformemente concebida que tenemos en muchos de nuestros países y que lo que podría provocar es peor democracia. La diferenciación municipal, entonces, es consustancial con la municipalización como instrumento para acercar el municipio al ciudadano; porque como ya lo hemos dicho más de una vez, "Un municipio lejos de las comunidades y vecindades, como es en general el municipio en nuestros países latinoamericanos, materialmente no sirve para nada bueno, ni para la participación política ni para la gestión eficiente de los asuntos locales, ni por supuesto, para la democracia"[85].

A nivel local, además, es donde florece la libertad en medio de la diversidad, y es donde en definitiva en un mundo cada vez más globalizado como el actual, el hombre, el ciudadano común encuentra su refugio e identifica el lugar de su pertenencia. Los hombres tenemos que terminar de constatar que en definitiva, frente a la incontenible tendencia hacia la globalización, que está allí y aquí, basada en lo trasnacional y en la integración de los países, que produce ese proceso de uniformismo personal, que desdibuja la singularidad de las personas o que despersonaliza al individuo, que todos captamos; frente a ello, se ha venido desarrollando en paralelo otra tendencia mundial pero hacia la lugarización, basada en el rescate de los "lugares", donde se identifica la singularidad de las personas, es decir, se vuelve a la persona, en su pertenencia a un lugar, donde se revaloriza lo "lugareño" y la vecindad.

Eso lo han llamado los europeos como regionalismos o localismos; pero como "lugarización" lo ha destacado FRANCISCO GONZÁLEZ CRUZ, definiéndola como "todo proceso que revaloriza lo local"; y el "lugar", como "el espacio territorial íntimo y cercano donde se desenvuelven la mayor parte de las actividades del ser humano"; o la "comunidad definida en términos territoriales y de relaciones humanas, con la cual la persona siente vínculos de pertenencia. Puede ser una aldea, un pueblo, un barrio o un condominio. Siempre

---

83 Véase ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Municipio, la participación y la democracia", *XXV Congreso Iberoamericano de municipios, Guadalajara, Jalisco, México del 23 al 26 de octubre de 2001*, Madrid, Fundación Española de municipios y Provincias, 2003, pp. 453 y ss.

84 Artículo 182. Citado por AUGUSTO HERNÁNDEZ BARRERA, "Objetivos inéditos de la categorización municipal" en LUIS VILLAR BORDA et ál, *Problemática de los Pequeños municipios en Colombia ¿Supresión o reforma?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 108. Cfr. además, AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA, *Ordenamiento y desarreglo territorial en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

85 Véase el texto en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 127 y ss.

será, necesariamente, un espacio geográfico limitado en tamaño, de tal manera que la gente pueda establecer relaciones interpersonales[86]. Y allí, en definitiva, es donde se puede efectivamente participar desde el punto de vista político.

En todo caso, ha sido la organización política de la lugarización, la que precisamente y sin duda, ha sido la característica fundamental del mapa municipal de Europa durante los últimos 200 años; es esa lugarización la que justifica los más de dos mil municipios de una sola Comunidad Autónoma española como Castilla y León; y es esa abundancia de municipios, incluso, lo que permite incluso racionalizarlos, por lo que algunos de los países europeos se han dado el lujo de reducirlos. En esto, por ejemplo, en las últimas décadas la vanguardia la lleva Suecia: de los 2500 municipios que tenía en 1943 pasó a 800 en 1952, y a 278 en 1974. Pero en nuestros países iberoamericanos, donde al contrario tenemos que multiplicar las autoridades locales, una política de reducción como esta no sería otra cosa que un verdadero "genocidio municipal", como acertadamente JAIME CASTRO calificó el intento que se hizo en Colombia, en 2001, con el Proyecto de ley 041/01, que proponía la desaparición de materialmente la mitrad de los 1067 municipios colombianos, aquellos que tenían menos de 14.000 habitantes, advirtiendo entre otras cosas, que en Colombia "los municipios son el Estado -la única presencia del Estado- en extensas y abandonadas regiones del país", por lo que lo que habría que hacer, al contrario, es "fortalecer y transformar el pequeño municipio [para] convertirlo en herramienta eficaz de una política de poblamiento territorial y de ocupación continua del espacio físico[87].

De allí la enorme revalorización que requiere en nuestros países el tema del pequeño municipio rural, como parte del proceso de descentralización político territorial, para asegurar no sólo la presencia del Estado en el territorio, sino para hacer posible la participación democrática, partiendo de la necesaria diversidad que deben tener las entidades locales; es decir, todo lo contrario, al uniformismo organizacional.

Ese nuevo **"**municipio lugarizado**"**, como lo ha advertido FORTUNATO GONZÁLEZ CRUZ, debe ser apropiado a la realidad social y espacial que representa, con una organización municipal "heterogénea, adaptada a las necesidades de cada comunidad" y que de origen a la necesaria diversidad municipal en el territorio, debe además tender a ser un **"**municipio sostenible por la propia economía local, de manera que su estructura burocrática y sus gastos ordinarios de administración sean pagadas con ingresos propios"[88].

5. *La descentralización como asunto propio de las democracias: no hay autocracias descentralizadas*

En fin, lo que debemos concienciar es que no hay que temerle a la descentralización política, pues ello es un fenómeno propio de las democracias. No hay ni ha habido autocracias descentralizados. Por ello solo los autoritarismos temen y rechazan tanto la descentralización política como la participación democrática, incluyendo los autoritarismos que tradicionalmente nos han gobernado bajo el ropaje del "centralismo democrático" de cualquier cuño que sea, incluso de orden partidista.

No nos dejemos engañar con los cantos de sirenas autoritarios que no se cansan de hablar de democracia participativa, pero no para hacerla posible, sino para acabar con la de-

---

86 FRANCISCO GONZÁLEZ CRUZ, *Globalización y Lugarización*, La Quebrada y Mérida, Universidad Valle del Momboy y Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales, 2001.

87 Véase, JAIME CASTRO, *La cuestión territorial*, Bogotá, Editorial Oveja Negra, 2003, pp. 136-137.

88 FORTUNATO GONZÁLEZ, *Un nuevo municipio para Venezuela*, Mérida, Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales y Universidad de los Andes, 1998, p. 89.

mocracia representativa, imposibilitando a la vez la participación. No nos confundamos los demócratas, al intentar dar respuesta a las exigencias políticas crecientes de participación democrática, con el sólo establecimiento de paños calientes de carácter refrendario o de iniciativas o consultas populares, que no la agotan en absoluto. En fin, no hay que tenerle miedo a lo pequeño, que territorialmente hablando es precisamente la lugarización, el pequeño municipio rural y la subdivisión municipal suburbana. Como dijo SANTIAGO RAMÓN Y CAJAL, "No hay cuestiones pequeñas; las que lo parecen son cuestiones grandes no comprendidas"[89]. Y eso es precisamente lo que ocurre con la multiplicidad de municipios y la cuestión que plantea: es más grande de lo que a veces creemos, porque en ello nos va la vida de la democracia participativa.

IV. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL RÉGIMEN LOCAL

De acuerdo con el mismo artículo 168 C., las actuaciones de los municipios en el ámbito de sus competencias se deben cumplir incorporando la participación ciudadana al proceso de definición y ejecución de la gestión pública y en el control y evaluación de sus resultados, en forma efectiva, suficiente y oportuna, conforme a la ley. Para ello, por supuesto, como antes hemos señalado, el municipio tendía que estar cerca del ciudadano[90], pues de lo contrario, resulta muy difícil implementarla.

En todo caso, el artículo 253 LOPPM también indica que la participación protagónica del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública municipal es el medio necesario para garantizar su completo desarrollo tanto individual como colectivo, dentro del municipio; estableciendo la obligación de las autoridades municipales deberán promover y garantizar la participación de los ciudadanos y ciudadanas en la gestión pública y facilitar las formas, medios y procedimientos para que los derechos de participación se materialicen de manera efectiva, suficiente y oportuna.

Por ello, en cuanto a la participación ciudadana, la Ley Orgánica la ha regulado, en primer lugar, como un "propósito" o política general de la actuación municipal; y en segundo lugar, mediante el establecimiento de mecanismos específicos para asegurar dicha participación.

---

89 En su libro: *El mundo visto a los ochenta años*.

90 Cfr. en general, sobre la participación ciudadana a nivel local, ANA P. DENIZ, "La participación ciudadana en la Constitución de 1999", *Revista de Derecho Constitucional,* n.º 7, Caracas, Editorial Sherwood, 2003, pp. 115-124; MANUEL FEO LA CRUZ, "La participación de la sociedad civil en el proceso de gestión pública. Retos y desafíos", *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías,* t. I, Madrid, Universidad Central de Venezuela y Thompson-Civitas Ediciones, 2003, pp. 415-429; YUSBY S. MÉNDEZ-APOLINAR, "La obligación ciudadana de participar en los asuntos públicos, como expresión de la cultura democrática", *El Derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías,* t. I., cit., pp. 431-437; MARÍA A. GRAU, "Participación ciudadana en la actividad normativa de la Administración", *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani,* vol. II, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 797-814; FERNANDO FLORES JIMÉNEZ, "La participación ciudadana en la Constitución venezolana de 1999", *Revista de Derecho Constitucional,* n.º 5 Caracas, Editorial Sherwood, 2001, pp. 75-88; CARLOS E. MOURIÑO V., "Participación ciudadana", *Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón,* vol. II, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 1-38; JOSÉ MENDOZA ANGULO, "Democracia, descentralización y participación ciudadana", *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela,* vol. I, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 121-144.

1. *La participación ciudadana como política general de la actuación municipal*

La Ley Orgánica del Poder Público Municipal, en efecto, en primer lugar, contiene innumerables declaraciones de propósito o de política general sobre la misma, entre las cuales se destacan las siguientes:

La definición del municipio como unidad política primaria en la organización nacional "para el efectivo ejercicio de la participación protagónica del pueblo en los asuntos propios de la vida local" (art. 1); la exigencia de que en el ejercicio de su autonomía, el municipio debe impulsar y promover la participación ciudadana, en el ejercicio de sus actuaciones (art. 4,9); la indicación de que los municipios en sus actuaciones, deben incorporar la participación ciudadana de manera efectiva, suficiente y oportuna, en la definición y ejecución de la gestión pública y en el control y evaluación de sus resultados (art. 2); y la declaración de que el municipio y las demás entidades locales conforman espacios primarios para la participación ciudadana en la planificación, diseño, ejecución, control y evaluación de la gestión pública; a cuyo efecto, los órganos del municipio y demás entes locales, deben crear los mecanismos para garantizar la participación de las comunidades y grupos sociales organizados en su ejercicio de acuerdo a la ley (art. 7).

La indicación de que las parroquias y las otras entidades locales dentro del territorio municipal, son demarcaciones creadas con el objeto de desconcentrar la gestión municipal, promover la participación ciudadana y una mejor prestación de los servicios públicos municipales (art. 30); razón por la cual . Por ello, la parroquia tiene atribuida facultad expresa para servir como centro de información, producción y promoción de procesos participativos, para la identificación de prioridades presupuestarias; y para promover los principios de corresponsabilidad, protagonismo y participación ciudadana en la gestión pública municipal (art. 37)

La indicación de que los estatutos de las mancomunidades deben establecer de manera precisa los mecanismos de participación de la ciudadanía, con mención de la rendición de cuentas a la población de los municipios mancomunados (art. 43).

La exigencia de que en los municipios indígenas, la administración municipal debe garantizar la participación protagónica en el marco de su desarrollo socio cultural (art. 50), a cuyo efecto, los municipios con población predominantemente indígena deben determinar sus medios de participación en conformidad con su especificidad cultural; agregando que los municipios donde existan comunidades indígenas, deben respetarse sus valores, identidad étnica y sus tradiciones en lo referente a la participación de la comunidad en las decisiones de interés colectivo (art. 279).

Las obligaciones de los municipios de promover de la participación ciudadana en las diversas áreas de competencias municipales (art. 56); de promover la constitución de empresas autogestionarias y cogestionarias, para facilitar la participación de los trabajadores y de las comunidades y garantizar la participación ciudadana en la gestión municipal (art. 70); de establecer en los procesos de desconcentración, formas efectivas de participación ciudadana (art. 71); de crear y mantener programas de formación ciudadana dirigidos a fortalecer las capacidades de los integrantes de las comunidades e incorporar a los ciudadanos y ciudadanas y a otras organizaciones de la sociedad que manifiesten su deseo de participar en dichos programas (art. 256); y además, de favorecer la constitución y desarrollo de las diversas formas de organización de la sociedad, destinadas a la defensa de los intereses colectivos; de facilitar a dichas organizaciones, la información sobre la gestión pública local y, dentro de sus posibilidades, el uso de los medios públicos y el beneficio de subsidios o aportes para la realización de sus fines; de promover, facilitar y proveer la formación ciudadana a través de programas diseñados a tal fin (art. 260).

Las obligaciones de los órganos del poder público municipal, en el ejercicio de sus funciones (ejecutiva, deliberante, control fiscal, de planificación), deben incorporar la participación ciudadana en el proceso de definición y ejecución de la gestión pública y en el control y evaluación de sus resultados, en forma efectiva, suficiente y oportuna, para lo cual deberán crear los mecanismos que la garanticen (art. 75); de los alcaldes, de promover la participación ciudadana y la educación para la participación (art. 88); y de los concejos municipales de promover los mecanismos que legalmente le estén conferidos y que contribuyan a garantizar en forma eficiente, suficiente y oportuna la participación ciudadana en el proceso de formación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública municipal (art. 95).

La indicación, entre los principios que rigen respecto de la administración pública municipal, de la necesidad de alcanzar mayores niveles de desempeño, atención y participación de los ciudadanos en la gestión, racionalidad de costos y continuidad en el ejercicio de la función pública (art. 76).

2. *La regulación de la participación ciudadana como derecho*

Además, la Ley Orgánica establece directamente algunos derechos de participación, como los siguientes:

En la elaboración del proyecto de ley de creación de un Distrito metropolitano se debe hacer con la efectiva participación ciudadana (art. 22);

Los pueblos indígenas, sus comunidades y organizaciones participarán en la formación, instrumentación y evaluación del Plan municipal de desarrollo (art. 49).

En particular, conforme al artículo 278 LOPPM, se establece el derecho y deber de los ciudadanos de la parroquia de:

1. Participar con la junta parroquial en la gestión y fiscalización del mantenimiento y conservación de las plazas, parques, vías públicas y aceras, instalaciones deportivas y recreacionales, asistenciales y cualesquiera otras instalaciones municipales ubicadas en la jurisdicción de la parroquia.

2. Acompañar a la junta parroquial en la promoción y gestión ante las direcciones de la alcaldía, de todo tipo de actividades culturales, recreacionales, deportivas, turísticas, de saneamiento y limpieza ambiental.

3. Participar con las juntas parroquiales en la promoción y en la fiscalización de la ejecución de obras y servicios públicos municipales en sus respectivas jurisdicciones, y solicitar toda la información sobre las obras públicas para proponer reformas y mejoras en la ejecución de dichas obras.

4. Informar a las juntas parroquiales las deficiencias en la prestación de los servicios públicos para la gestión de reclamos ante las autoridades municipales de su jurisdicción.

5. Pedir toda la información necesaria para la organización y formación de las asociaciones vecinales y otras organizaciones comunitarias.

6. Otros derechos y deberes que, de su condición de vecinos residentes, se desprendan.

Por otra parte, el artículo 258 LOPPM dispone los ciudadanos tienen derecho a requerir y utilizar los servicios públicos locales y a participar en la formación de los planes y proyectos para su dotación, ejecución, gestión y evaluación; e igualmente, de forma organizada, tienen derecho a la gestión de los servicios públicos conforme a la legislación vigente respectiva. En todo caso, asimismo, están obligados a contribuir al mantenimiento, preservación y mejora de la calidad de los mismos.

Se establece, además, en la Ley Orgánica (art. 254), el derecho de los ciudadanos a obtener información general y específica sobre las políticas, planes, decisiones, actuaciones, presupuesto, proyectos y cualesquiera otras del ámbito de la actividad pública municipal. Asimismo, el derecho de poder acceder a archivos y registros administrativos, en los términos de la legislación nacional aplicable. Igualmente, tienen derecho a formular peticiones y propuestas; y a recibir oportuna y adecuada respuesta; a la asistencia y apoyo de las autoridades municipales en sus actividades para la capacitación, formación y educación a los fines del desarrollo y consolidación de la cultura de participación democrática y protagónica en los asuntos públicos, sin más limitaciones que las dictadas por el interés público y la salvaguarda del patrimonio público

A los efectos de la Ley Orgánica, el artículo 255 establece que los derechos de participación en la gestión local se ejercen mediante actuaciones de los ciudadanos, y de la sociedad organizada, a través de sus distintas expresiones, entre otras:

1. Obteniendo información del programa de gobierno del alcalde, del Plan municipal de Desarrollo, de los mecanismos para la elaboración y discusión de las ordenanzas, y, en especial, de la formulación y ejecución del presupuesto local; de la aprobación y ejecución de obras y servicios, de los contenidos del informe de gestión y de la rendición de cuentas, en términos comprensibles a los ciudadanos y ciudadanas.

2. Presentando y discutiendo propuestas comunitarias prioritarias en la elaboración del presupuesto de inversión de obras y servicios, a cuyo efecto el gobierno municipal establecerá mecanismos suficientes y oportunos.

3. Participando en la toma de decisiones, a cuyo efecto las autoridades municipales generarán mecanismos de negociación, espacios de información suficiente y necesaria e instancias de evaluación.

3. *Los medios de participación ciudadana*

En cuanto a los medios de participación ciudadana (o del pueblo en ejercicio de su soberanía), de acuerdo con el artículo 260 LOPPM, son aquellos a través de los cuales los ciudadanos pueden, en forma individual o colectiva, manifestar su aprobación, rechazo, observaciones, propuestas, iniciativas, quejas, denuncias y, en general, para expresar su voluntad respecto a asuntos de interés colectivo. Dichos medios de participación son, entre otros, los siguientes: los cabildos abiertos; las asambleas ciudadanas; las consultas públicas; la iniciativa popular; el presupuesto participativo; el control social; los referendos; la iniciativa legislativa; los medios de comunicación social alternativos; las instancias de atención ciudadana; la autogestión; y la cogestión.

El enunciado de estos medios específicos no excluye el reconocimiento y desarrollo de otras formas de participación en la vida política, económica, social y cultural del municipio.

En todo caso, los ciudadanos y sus organizaciones tienen el derecho y el deber de utilizar los medios de participación antes indicados; y los municipios están obligados a legislar acerca de los requisitos exigibles para demostrar el interés legítimo local de aquellos interesados en el ejercicio de alguno de estos medios de participación, sin menoscabo de los derechos y limitaciones que establece la Constitución y la legislación aplicable (art. 262). En todo caso, los medios de participación deben ser desarrollados de acuerdo a la realidad y condiciones de cada municipio, mediante los instrumentos jurídicos correspondientes para señalar los requisitos, procedimientos, períodos, condiciones y demás elementos que se requieran para hacer efectivo su cumplimiento en el municipio, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley Orgánica y otras normas (art. 257).

A. *Los concejos parroquiales y comunales*

El artículo 112 LOPPM, al regular a los consejos parroquiales y comunales los establece como instancias del consejo local de planificación pública que tienen como función, la de servir de centro principal para la participación y protagonismo del pueblo en la formulación, ejecución, control y evaluación de las políticas públicas, así como para viabilizar las ideas y propuestas que la comunidad organizada presente ante el consejo local de planificación pública.

Estas instancias de consejos locales de planificación en todo caso, deberían generalizarse aún si no están establecidas formalmente las parroquias, incluso en los niveles de las potenciales entidades locales como las urbanizaciones, barrio, aldeas y caseríos.

B. *Los cabildos abiertos*

Los cabildos abiertos se pueden convocar por iniciativa de los concejos municipales, de las juntas parroquiales por acuerdo de la mayoría de sus integrantes; del alcalde y de los ciudadanos de conformidad con lo establecido en la respectiva ordenanza (art. 263). Se requiere, por tanto, que en las ordenanzas respectivas los concejos municipales regulen la forma de ejercicio de la iniciativa ciudadana para la convocatoria de tales cabildos.

Conforme al artículo 264 LOPPM, las decisiones adoptadas en cabildos abiertos serán válidas con la aprobación de la mayoría de los presentes, siempre y cuando sean sobre asuntos atinentes a su ámbito espacial y sin perjuicio de lo establecido en la legislación respectiva.

C. *Las asambleas de ciudadanos*

Las asambleas de ciudadanos se regulan en el artículo 265 LOPPM como medios de participación en el ámbito local de carácter deliberativo, en la que todos los ciudadanos tienen derecho a participar por sí mismos, y cuyas decisiones serán, como lo indica además la Constitución (art. 70), de carácter vinculante.

Dispone además el artículo 266 LOPPM, que las asambleas de ciudadanos deberán estar referidas a "las materias que establece la ley correspondiente", y deben ser convocadas "de manera expresa, anticipada y pública"; repitiendo la norma que si bien sus decisiones tienen carácter vinculante para las autoridades, "deben contribuir a fortalecer la gobernabilidad, impulsar la planificación, la descentralización de servicios y recursos, pero nunca contrarias a la legislación y los fines e intereses de la comunidad y del Estado".

Agrega, sin embargo, que "todo lo referido a iniciativa, procedimiento, ámbito, materia, validez, efecto vinculante y, comisión de control y seguimiento, será desarrollado por la ley especial que trata la materia", con lo que, en la práctica, el funcionamiento de las asambleas de ciudadanos ha quedado supeditado a lo que se regule en una futura legislación que se presume debe ser nacional.

D. *La participación en las sesiones de los concejos*

Dispone el artículo 267 LOPPM que los concejos municipales deben abrir espacios de discusión e intercambios de opiniones a los ciudadanos para considerar materia de interés local. Ello, sin embargo, no significa que en cualquier sesión de un concejo municipal, los ciudadanos o vecinos puedan participar o solicitar un derecho de palabra. Para que pueda ocurrir tal participación ciudadana, es necesario que la misma sea inscritas, por supuesto, con anterioridad a la sesión respectiva del concejo, en el orden del día, a los efectos de que en dicha sesión el público asistente pueda formular preguntas, emitir opiniones y hacer proposiciones. Los concejos municipales deben dar a los vecinos respuesta oportuna y razones a sus planteamientos y solicitudes.

En todo caso, para la celebración de esta reunión, se debe convocar, entre otras, a las organizaciones vecinales, gremiales, sociales, culturales, educativas y deportivas de la comunidad.

Por otra parte, mediante las ordenanzas correspondientes de los concejos municipales, es que se deben regular, según la especificidad y diversidad municipal, las formas y procedimientos para hacer efectivo el ejercicio de este deber legal. En consecuencia, en esta materia, para hacer efectiva la participación vecinal o ciudadana, también se requiere de una normativa local.

E. *Las consultas populares sobre actos normativos*

El artículo 268 LOPPM, siguiendo la orientación de lo dispuesto en el artículo 211 C., impone a los concejos municipales la obligación de consultar a los ciudadanos y a la sociedad organizada, durante el proceso de discusión y aprobación de los proyectos de ordenanzas, a los fines de promover la incorporación de sus propuestas.

Esta consulta se debe hacer a través de diversas modalidades de participación, que garanticen una consulta abierta a los efectos de aprobar su contenido, todo de acuerdo con lo establecido en su Reglamento Interior y de Debates, y demás normativas relativas a la materia de participación. En consecuencia, también queda supeditada la operatividad de estas consultas a lo que se regule en las ordenanzas. Sin embargo, la norma agrega que "el incumplimiento de este requisito será causal para la nulidad del respectivo instrumento jurídico".

Por otra parte, en particular respecto de los actos de efectos generales que afecten el desarrollo urbano y la conservación ambiental del municipio o de la parroquia, el artículo 269 LOPPM impone a las autoridades municipales la obligación de consultarlos entre las organizaciones vecinales y otras de la sociedad organizada, previamente a su adopción; de manera que "en caso contrario, estarán viciados de nulidad absoluta".

F. *El asesoramiento vecinal*

Los concejos municipales deben requerir, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 270 LOPPM y con lo que dispongan los reglamentos, la cooperación vecinal para labores de asesoramiento, en comisiones permanentes del propio concejo municipal; y en comisiones de vecinos encargadas de vigilar el buen funcionamiento de los servicios públicos y cualesquiera otras de la competencia prestacional del municipio.

La operatividad de este medio de participación vecinal, de nuevo, se sujeta a lo que se establezca en "los reglamentos"; sin embargo, como éstos son dictados por los alcaldes, aquí hay una incongruencia, pues no corresponde al alcalde reglamentar el funcionamiento de las comisiones permanentes de los concejos.

G. *El presupuesto participativo*

De acuerdo con el artículo 271 LOPPM, el presupuesto participativo es el resultado de la utilización de los procesos mediante los cuales los ciudadanos del municipio proponen, deliberan y deciden en la formulación, ejecución, control y evaluación del presupuesto de inversión anual municipal; todo ello con el propósito de materializarlo en proyectos que permitan el desarrollo del municipio, atendiendo a las necesidades y propuestas de las comunidades y sus organizaciones en el consejo local de planificación pública.

Ahora bien, esta conforme a la Ley de los Consejos locales de planificación pública[91], el presupuesto consolidado de inversión municipal se debe elaborar de acuerdo con las necesidades prioritarias que deben presentar las comunidades organizadas, en concordancia con lo estimado por la alcaldía, en el presupuesto destinado al referido sector. Asimismo, se debe elaborar de acuerdo con los proyectos generales sobre urbanismo, infraestructura, servicios y vialidad que demande el municipio (art. 12).

A fin de orientar el presupuesto de inversión municipal, el alcalde debe presentar al consejo local de planificación pública y a las comunidades organizadas, en reunión extraordinaria que debe efectuarse con 15 días continuos de antelación a la reunión formal del consejo local de planificación pública, la cifra o monto total de inversión de cada sector, incluyendo los detalles a que haya lugar (art. 13).

Las alcaldías están en la obligación de darle curso a los proyectos que las comunidades organizadas presenten, con cargo a los porcentajes de las asignaciones que correspondan a éstas, por concepto de leyes que otorguen y transfieran recursos para las comunidades organizadas (art. 14).

En todo caso, conforme al artículo 15 de la Ley, el presupuesto de inversión municipal debe estar dirigido al desarrollo humano, social, cultural y económico del municipio, tomando en cuenta las variables de población y pobreza de cada comunidad, debiendo cubrir con los proyectos prioritarios, que presenten las comunidades organizadas; los proyectos generales sobre urbanismo, infraestructura, servicios y vialidad y el fondo de emergencia, para atender desastres naturales, calamidad pública e imprevistos. Este fondo debe ser administrado por el alcalde, previa aprobación del concejo municipal, con participación del consejo local de planificación pública que debe hacer el seguimiento respectivo, para que los recursos sean invertidos en los fines a los que se refiere esta norma. La ordenanza respectiva que regula la materia determinará el porcentaje que le corresponda al fondo de emergencia.

H. *El control social y las contralorías sociales*

El control social, conforme lo dispone el artículo 272 LOPPM, es un mecanismo a través del cual todo ciudadano, individual o colectivamente participa en la vigilancia y control de la gestión pública municipal, en la ejecución de programas, planes y proyectos, en la prestación de los servicios públicos municipales, así como en la conducta de los funcionarios públicos, para prevenir, racionalizar y promover correctivos.

El artículo 275 LOPPM, por otra parte, repite que los ciudadanos y sus organizaciones deben ejercer el control social sobre la gestión municipal, a cuyo fin, las autoridades municipales deben dar la mayor publicidad a los actos de gestión de interés general, tales como proyectos, licitaciones, contrataciones, costos de las mismas y elementos relevantes.

Para ejercer este control social, los ciudadanos y sus organizaciones pueden solicitar la información y documentación administrativa que sean de interés para la comunidad; y la administración municipal está en la obligación de suministrarlas.

Por otra parte, conforme al artículo 259 LOPPM, los ciudadanos tienen derecho a organizarse en contralorías sociales con el objeto del control del gobierno local. Los contralores municipales tienen la obligación de vincular a la ciudadanía a sus labores de fiscalización de la gestión pública y a la valoración del desempeño de las entidades y los organismos de la administración pública municipal.

---

[91] Ley de los consejos locales de planificación pública, *Gaceta Oficial* nº 37.463 del 12 de junio de 2002.

I. *La rendición de cuentas*

El artículo 8 LOPPM dispone que las autoridades del municipio, de sus entes descentralizados y de las entidades locales deben presentar informe sobre su gestión y rendir cuentas públicas, transparentes, periódicas y oportunas ante las comunidades de su jurisdicción; a cuyo fin, deben garantizar la información y convocatoria oportuna y los mecanismos de evaluación pertinentes, acerca de los recursos asignados, y los efectivamente dispuestos, con los resultados obtenidos

Además, de acuerdo con la orientación constitucional, el artículo 274 LOPPM asegura el derecho de los ciudadanos de poder solicitar a través de alguno de los medios de participación previstos en el municipio, que el alcalde, los concejales y el cuerpo colegiado de las juntas parroquiales rindan cuenta de una gestión determinada, antes de la finalización de su mandato.

J. *Los referendos*

Conforme a la Constitución, en el artículo 276 LOPPM se regula la posibilidad de convocatoria a referendos consultivos, revocatorios, abrogatorios o aprobatorios, para cuya solicitud y validez se debe cumplir con los requisitos establecidos en la Constitución y en la legislación electoral; y debe hacerse ante el Consejo Nacional Electoral, órgano llamado a organizar, administrar, dirigir y vigilar todos los actos relativos a los referendos.

En cuanto a la convocatoria a referendos sobre un proyecto de ordenanza o cualquier materia objeto de consulta, la Ley Orgánica precisa que sólo podrá hacerse una sola vez en el mismo período constitucional.

K. *La iniciativa legislativa*

El artículo 277 LOPPM establece el derecho de los ciudadanos, en un porcentaje no menor al 0,1% de los electores del municipio, de poder presentar proyectos de ordenanzas o de modificación de las ya vigentes ante el concejo municipal.

Tales proyectos, por tanto, deben ser sometidos a la consideración del concejo municipal para su admisión o rechazo, a cuyo efecto, previamente, el concejo municipal debe fijar una reunión con los presentadores de la iniciativa legislativa a fin de discutir su contenido. Una vez examinado el proyecto, el concejo municipal debe pronunciarse sobre su admisión o rechazo dentro de los 30 días siguientes a su presentación.

Admitido el proyecto, el debate del mismo debe iniciarse en un lapso de 30 días siguientes. Si el debate no se inicia dentro dicho lapso, el proyecto se debe someter a consulta popular de conformidad con lo establecido en la legislación electoral. El concejo municipal en todo caso debe motivar el rechazo a la iniciativa cuando sea el caso.

4. ***El encasillamiento asambleístico de la participación ciudadana en un órgano público: los consejos locales de planificación pública***

El artículo 182 C. creó los consejos locales de planificación pública, presididos en cada municipio por el alcalde e integrado por los concejales, los presidentes de la juntas parroquiales y representantes de organizaciones vecinales y otras de la sociedad organizada, de conformidad con las disposiciones que establezca la ley, a cuyo efecto, en 2002 se dictó la Ley de los consejos locales de planificación pública[92].

---

92 *Gaceta Oficial* nº 37.463 de 12 de junio de 2002.

Esta Ley dispuso, en su artículo 2, en efecto, que el consejo local de planificación pública es el órgano encargado de la planificación integral del gobierno local, para lo cual, se debe sujetar a lo dispuesto en el artículo 55 de Ley Orgánica de Planificación, con el propósito de lograr la integración de las comunidades organizadas y grupos vecinales mediante la participación y el protagonismo dentro de una política general de Estado, descentralización y desconcentración de competencias y recursos, de conformidad con lo establecido en la Constitución.

Por ello, por ejemplo, el artículo 8 de la ley dispone que los consejos locales de planificación pública deben promover la red de consejos parroquiales y comunales en cada uno de los espacios de la sociedad civil que, en general, respondan a la naturaleza propia del municipio cuya función debe ser convertirse en el centro principal de la participación y protagonismo del pueblo en la formulación, ejecución, control y evaluación de las políticas públicas, así como viabilizar ideas y propuestas para que la comunidad organizada las presente ante el consejo local de planificación pública. Una vez aprobadas sus propuestas y convertidas en proyectos, los miembros de los consejos parroquiales y comunales podrán realizar el seguimiento, control y evaluación respectivo.

Por otra parte, cada consejo local de planificación pública debe promover y orientar una tipología de municipio atendiendo a las condiciones de población, nivel de progreso económico, capacidad para generar ingresos fiscales propios, situación geográfica, elementos históricos, culturales y otros factores relevantes.

El consejo local de planificación pública para el cumplimiento de sus funciones, conforme lo exige el artículo 3 de la ley, esta conformado por:

1. Un presidente, quien será el alcalde.
2. Los concejales del municipio.
3. Los presidentes de las juntas parroquiales.
4. El o los representantes de organizaciones vecinales de las parroquias, el o los representantes, por sectores, de las organizaciones de la sociedad organizada y el o los representantes de las comunidades o pueblos indígenas, donde los hubiere; todos los cuales deben ser electos en asamblea de ciudadanos de la comunidad o sector respectivo, para lo cual, debe ser convocado un representante de la Defensoría del Pueblo, de su jurisdicción, quien debe testificar en el acta de la asamblea de ciudadanos los resultados, de dicha elección (art. 4). En cuanto a los representantes en el ámbito municipal de los distintos sectores de la sociedad civil organizada: educación, salud, cultura, deporte, producción y comercio, transporte, ecología, servicios y todos aquellos que, en general, respondan a la naturaleza propia del municipio, también deben ser elegidos en asamblea de las comunidades organizadas del sector respectivo, en la forma indicada (art. 4).

Ahora bien, la comunidad organizada, para postular sus representantes al consejo local de planificación pública, debe hacerlo por intermedio de una organización civil creada de acuerdo a la ley, en asamblea de sus miembros, cuyos requisitos conforme al artículo 9 de la ley, son estar inscrita en el registro subalterno para determinar su personalidad jurídica; presentar el libro de actas de reuniones y de asambleas; presentar constancia de la última elección, de su junta directiva; presentar un ejemplar de sus estatutos; presentar nómina actualizada de sus integrantes, contentiva de nombres y apellidos, cédula de identidad y dirección; e inscribirse, para tal fin, en la oficina de control del consejo local de planificación pública.

Ahora bien, estos consejos locales de planificación pública, sin menoscabo de cualquier otra función conferida al municipio de que se trate, tiene las siguientes funciones enumeradas en el artículo 5 de la ley:

1. Recopilar, procesar y priorizar las propuestas de las comunidades organizadas.

2. Impulsar, coadyuvar, orientar y presentar dentro del plan municipal de desarrollo las políticas de inversión del presupuesto municipal, contempladas en el artículo 178 C. Todo ello, de conformidad con los lineamientos del Plan de la Nación, los planes y políticas del Consejo Federal de Gobierno y del consejo de planificación y coordinación de políticas públicas, con las propuestas de las comunidades organizadas.

3. Presentar propuestas y orientar el plan municipal de desarrollo hacia la atención de las necesidades y capacidades de la población, del desarrollo equilibrado del territorio y del patrimonio municipal.

4. Instar y facilitar la cooperación equilibrada de los sectores públicos y privados para la instrumentación, en el municipio, de los planes suscritos.

5. Controlar y vigilar la ejecución del plan municipal de desarrollo.

6. Formular y promover ante el consejo de planificación y coordinación de políticas públicas o el Consejo Federal de Gobierno los programas de inversión para el municipio.

7. Impulsar la celebración de acuerdos de cooperación entre el municipio y los sectores privados, tendentes a orientar sus esfuerzos al logro de los objetivos del desarrollo de la entidad local.

8. Impulsar y planificar las transferencias de competencia y recursos que el municipio realice hacia la comunidad organizada, de conformidad con lo previsto en el artículo 184 de la Constitución.

9. Impulsar la coordinación con otros consejos locales de planificación pública para coadyuvar en la definición, instrumentación y evaluación de planes para el desarrollo de mancomunidades, solicitando, en su caso, la intervención de los poderes nacionales y de los estados para tales efectos.

10. Atender cualquier información atinente a su competencia que solicite el gobierno nacional, estadal o municipal sobre la situación socioeconómica y sociocultural del municipio.

11. Proponer al gobierno nacional, estadal o municipal las medidas de carácter jurídico, administrativo o financiero, necesarias para el cumplimiento de las funciones y la consecución de los objetivos del municipio y del propio consejo local de planificación pública.

12. Emitir opinión razonada, a solicitud del alcalde sobre transferencias de competencia que el Ejecutivo nacional, el estadal o el consejo legislativo estadal, acuerden hacia el municipio.

13. Impulsar con el poder nacional, estadal o municipal, así como con las comunidades organizadas, el plan de seguridad local de personas y bienes.

14. Coordinar, con el consejo de planificación y coordinación de políticas públicas y el Consejo Federal de Gobierno, los planes y proyectos que éstos elaboren en el marco de sus competencias, tomando en cuenta los planes y proyectos locales.

15. Impulsar la organización de las comunidades organizadas integrándolas al consejo local de planificación pública, de acuerdo con lo establecido en la presente ley.

16. Interactuar, con el consejo municipal de derechos, en todo lo atinente a las políticas de desarrollo del niño, del adolescente y de la familia.

17. Colaborar en la elaboración de los planes locales de desarrollo urbano y las normativas de zonificación cuyas competencias le correspondan al municipio.

18. Elaborar el estudio técnico para la fijación de los emolumentos de los altos funcionarios y funcionarias de los municipios. A tal efecto, el consejo local de planificación pública solicitará la información necesaria referida al número de habitantes, situación económica del municipio, presupuesto municipal consolidado y ejecutado, correspondiente al período fiscal inmediatamente anterior, capacidad recaudadora y disponibilidad presupuestaria municipal para cubrir el concepto de emolumentos, a los órganos que corresponda.

19. Elaborar el mapa de necesidades del municipio.

20. Elaborar un banco de datos que contenga información acerca de proyectos, recursos humanos y técnicos de la sociedad organizada.

21. Evaluar la ejecución de los planes y proyectos e instar a las redes parroquiales y comunales, a ejercer el control social sobre los mismos.

5. *Las organizaciones para la participación ciudadana*

A. *El régimen de la ley orgánica de 2005*

En cuanto a las organizaciones para la participación ciudadana, el artículo 273 LOPPM sólo dispone que los ciudadanos pueden organizarse con el objeto de coadyuvar en el ejercicio del control, vigilancia, supervisión y evaluación de la gestión pública municipal; por lo que dichas organizaciones deben ejercer sus actividades sobre cualquier nivel o sector de la administración municipal y sobre particulares que cumplan funciones públicas.

Estas organizaciones deben estar inscritas en un registro sistematizado que, a tal efecto, debe llevar cada municipio.

La norma del artículo 273 LOPPM agrega, que sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación nacional que regula la participación ciudadana, las organizaciones de ciudadanos tendrán, entre otros, los siguientes deberes y obligaciones:

1. Comunicar a la ciudadanía los avances y resultados de los procesos de control, vigilancia, supervisión y evaluación realizados.

2. Presentar informe sobre los avances y resultados de sus actividades a los órganos y entidades que ejecutan el programa, proyecto o contrato, realizando las recomendaciones que estimen pertinentes.

3. Remitir el informe de avances y resultados de sus actividades a los órganos de control fiscal y demás organismos públicos competentes.

4. Denunciar ante las autoridades competentes los actos, hechos u omisiones presuntamente irregulares que hubieren detectado.

La Ley Orgánica de 2005, al establecer estas regulaciones, si bien conservó en diversos artículos la expresión “organizaciones vecinales” (p. ej. arts. 267 y 269), eliminó toda referencia sobre formas específicas de organización para la participación ciudadana y, en particular, eliminó las regulaciones que había establecido la Ley Orgánica de Ré-

gimen Municipal de 1989 sobre las “asociaciones de vecinos”, expresión que ni siquiera se encuentra en la nueva Ley Orgánica, la cual, incluso, derogó expresamente el Reglamento parcial nº 1 de la ley, dictado por decreto nº 3.130 de 6 de marzo de 1979 (art. 297)[93].

Sin embargo, aún cuando se haya eliminado dicha regulación, las asociaciones de vecinos continúan siendo formas legítimas de organización para la participación ciudadana en el ámbito municipal[94], pues son, precisamente, las “organizaciones vecinales” a que se refiere tanto la ley Orgánica como la ley de los Consejos locales de planificación pública, por lo que estimamos necesario realizar algunos comentarios, como recuerdo histórico, de la regulación precedente de dichas asociaciones.

B. *Recuerdo histórico: la regulación de las asociaciones de vecinos en la ley orgánica de régimen municipal de 1989*

a. *Residencia y vecindad*

Los municipios están integrados ante todo por las personas que son los residentes o vecinos, no sólo nacionales sino extranjeros, y éstos con derecho a voto elección de las autoridades municipales si tienen más de 10 años de residencia en el país y con más de un año de residencia en el municipio (art. 8 de la Ley Orgánica del Sufragio).

El vínculo político de la comunidad con la unidad política municipal es, por tanto, la residencia, es decir, el lugar donde se desarrollan habitualmente las actividades normales de la vida humana. Este concepto civil de la residencia adquiere su significado público en el de vecindad como permanencia habitual del individuo en una comunidad.

Pero no basta la simple permanencia habitual en un lugar para que surja la vecindad: es necesario un acto administrativo que la declare, y a falta de otro control, ese acto es el de incorporación en el registro electoral permanente.

El ser residente de un municipio en esa condición, no sólo posibilita el ejercicio del derecho a elegir las autoridades municipales, sino también a ser electo concejal o alcalde. En ambos casos se necesita ser residente del respectivo municipio, incluso por un período de tiempo superior a 3 años (art. 85).

La residencia, por tanto, da el carácter de vecino, y el ser vecino de un municipio da los derechos políticos (sufragio) y los diversos derechos de participación ciudadana, que la vieja Ley Orgánica resumía en su artículo 167, al referirse a ser electores y ser elegibles de acuerdo a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sufragio; utilizar los servicios públicos municipales en las condiciones establecidas en las ordenanzas municipales; participar en la gestión municipal de acuerdo con lo dispuesto en la ley; y contribuir mediante el pago de impuestos, tasas y demás prestaciones económicas legalmente previstas, para la realización de las competencias municipales.

---

93 Véase en *Gaceta Oficial* nº 31.692 del 8 de marzo de 1979.

94 Cfr. Allan R. Brewer-Carías, “La participación política a nivel local”, *Revista de la Escuela Superior de las Fuerzas Armadas de Cooperación,* Caracas, Edición 42 aniversario de la creación de las Fuerzas Armadas de Cooperación, 1980, pp. 35 a 62. Parte de este trabajo se publicó con el título “La participación política en la nueva Ley Orgánica de Régimen Municipal”, *Libro-Homenaje a Rafael Pizani,* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1979, pp. 45 y ss. Sobre el mismo tema de la participación, véase íd., “El derecho Administrativo y la participación de los administrados en las tareas administrativas”, *Revista de Derecho Público,* nº 22, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1985, pp. 5 a 32.

b. *Las asociaciones de vecinos*

Ahora bien, no hay duda en poder afirmar que una de las manifestaciones más características de las formas de participación de la comunidad en la conducción de los asuntos locales, está en las denominadas asociaciones o juntas de vecinos o residentes, y que como movimientos sociales urbanos, hicieron su aparición en las últimas décadas. Incluso, no hay que olvidar que en sus orígenes, la institución municipal no era otra cosa que una asociación de vecinos, autónoma, políticamente hablando.

Fue la progresiva burocratización o centralización del municipio, la que alejó esta institución local de los vecinos y residentes, quienes dejaron de encontrar en el municipio una fuente de participación, y más bien lo comenzaron a sentir como un enemigo de sus intereses vecinales. Las asociaciones de vecinos o Residentes buscaron así llenar el vacío de participación dejado por el municipio, y al aparecer como un fenómeno espontáneo y como un auténtico movimiento social urbano, incluso vinieron a enfrentarse al poder local en la defensa de los intereses vecinales.

Después de una acción continua desarrollada a finales de los sesenta y en la década de los setenta, la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1978 reconoció formalmente a las asociaciones de vecinos, a lo que contribuyó, sin duda, el planteamiento formulado por la Federación de Comunidades Urbanas al Congreso en abril de 1978[95].

Estas asociaciones de vecinos, en todo caso, se concibieron como de carácter privado y no sometidas a las autoridades municipales. Es cierto que pretendieron ser instrumentos de participación, pero más bien actuaron como grupos de presión, con frecuencia frente y contra la autoridad municipal. En todo caso, políticamente hablando, el movimiento de vecinos debería ser cuidadosamente tratado: desde el punto de vista de los poderes públicos, debería impulsarse como cauce de participación política, pero sin ahogárselo en reglamentaciones y sin burocratizárselo; y desde el punto de vista del propio movimiento social urbano, deberían precisarse sus objetivos de defensa de intereses auténticamente vecinales frente a la autoridad municipal y no convertirse en instrumentos de lucha guiados por la sola emotividad de algunos de sus miembros conductores.

La Ley Orgánica de 1989, en todo caso, había continuado regulando a las asociaciones de vecinos, imponiendo a los municipios y demás entidades locales el deber de favorecer el desarrollo de las mismas, destinadas a la defensa de los intereses colectivos. Los municipios, debían, además, facilitar a dichas asociaciones la más amplia información sobre sus actividades y, dentro de sus posibilidades, el uso de los medios públicos y el beneficio de ayudas económicas para la realización de sus fines, impulsando su participación en la gestión municipal (art. 170).

c. *El ámbito personal y territorial de las asociaciones de vecinos*

El ámbito personal y territorial de las asociaciones de vecinos se había determinado por la vecindad, es decir, por la vinculación que por la residencia tenían un grupo de personas con un ámbito territorial determinado: barrio o urbanización.

Este concepto de vecindad estaba basado en el concepto jurídico de residencia, es decir, el lugar donde habitualmente una persona desarrolla sus actividades humanas. Por tanto, la vecindad no está ligada a la existencia del derecho de propiedad, por lo que, si bien algunas asociaciones de vecinos se constituyeron como de propietarios y residentes, realmente la calidad de miembro de la asociación nunca estuvo vinculada a la propiedad sino a la residencia.

---

95 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Introducción General al Régimen Municipal" en ALLAN R. BREWER-CARÍAS et al., *Ley Orgánica de Régimen Municipal 1989*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1990, pp. 143 y ss.

Por otra parte, el carácter de vecino surge independientemente del estado civil de la persona. La vecindad, por tanto, no tiene relación con la familia como categoría sociológica, y la pertenencia a las asociaciones de vecinos nunca ha estado vinculada a la familia o al número de familias que pueda existir en un área determinada.

Pero en todo caso, la vecindad, es decir, la comunidad de intereses vecinales que existe entre un grupo de personas viene referida a un ámbito territorial determinado. Por ello, normalmente las asociaciones de vecinos se constituyeron, en el área metropolitana de Caracas, en las urbanizaciones y en los barrios de de la ciudad.

La Ley de 1989 estableció que las asociaciones de vecinos se podían constituir por "los vecinos que integran una comunidad, con lazos y vínculos permanentes en un barrio, vecindad o urbanización, de acuerdo al ámbito espacial que determina la oficina municipal que tenga a su cargo la planificación urbana" (art. 173). En cuanto al número de personas que debían integrarlas, la ley remitió al reglamento para determinar "el número mínimo de sus integrantes" (art. 173); y en efecto, el Reglamento parcial nº 1 de la Ley, dictada por decreto nº 3.130 de 6 de marzo de 1979[96], estableció como principio general que "los habitantes que integran una comunidad de doscientas (200) familias, por lo menos, podrán constituir una asociación de vecinos, la cual tendrá personalidad jurídica". En esta forma, artificialmente fijó un número mínimo de población para la constitución de una asociación de vecinos, y lo que se podían formular varias observaciones: en primer lugar, que introdujo el concepto de familia, extraño al de vecindad, como se ha dicho; en segundo lugar, que el límite poblacional que implicaban las 200 familias era totalmente arbitrario, pues la vecindad tiene relación con un ámbito territorial determinado y que en muchos casos da origen a una población inferior; y en tercer lugar, que con dicha norma se estableció una odiosa e injustificada limitación al derecho de asociarse con fines lícitos, previsto en la Constitución.

En cuanto al ámbito territorial de las asociaciones de vecinos, la ley partía de la premisa que éste debía ser determinado por la "oficina municipal que tuviera a su cargo la planificación urbana". (art. 173).

Además, la Ley Orgánica exigía, en general, que la organización y funcionamiento de las asociaciones debía ser democrática y responder a su naturaleza propia. (art. 173); y para adquirir personalidad jurídica, las asociaciones de vecinos debían inscribir su acta constitutiva y estatutos en la correspondiente oficina subalterna de registro. Además, sólo para fines informativos, el concejo municipal debía mantener un archivo actualizado de las asociaciones de vecinos legalmente constituidas en su jurisdicción (art. 172).

d. *Las funciones de las asociaciones de vecinos*

Ahora bien, en cuanto a las funciones de las asociaciones de vecinos, como cuerpos intermedios de participación, su característica general era y continúa siendo la de ser movimientos sociales con pluralidad funcional vinculada al interés colectivo. Es decir, no tenían ni tienen, en la defensa de los intereses vecinales, una función concreta ni de carácter sectorial. Así se distinguen las funciones múltiples de las asociaciones de vecinos, de las funciones concretas de otras sociedades intermedias: asociaciones sindicales, gremiales, profesionales, culturales, deportivas, de usuarios, o de consumidores.

Las funciones múltiples de las asociaciones de vecinos, conforme al derogado Reglamento parcial nº 1, giraban en torno a un objetivo definido: la defensa del interés colectivo, lo cual podía abarcar múltiples aspectos: defensa de la integridad urbana de su ámbito terri-

[96] Véase en *Gaceta Oficial* n.º 31.692 del 8 de marzo de 1979.

torial; solución de los problemas derivados de la renovación urbana; actividad reivindicativa para el logro de dotaciones de equipamientos urbanos o la prestación de servicios públicos eficientes; la defensa de valores históricos y tradicionales de su ámbito territorial; la colaboración con la Administración en la planificación urbana del ámbito vecinal; la representación de los vecinos ante las autoridades municipales; y, en fin, la cooperación vecinal en todas sus manifestaciones (art. 6º del Reglamento nº 1). Incluso, en la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo se le reconoció a las asociaciones de vecinos la legitimación necesaria para recurrir en vía contencioso administrativa contra actos municipales, precisamente en defensa de los intereses de la comunidad[97].

Estas diversas funciones las realizaban las asociaciones de vecinos como organismos autónomos y, por tanto, no dependientes de cualquier otra organización social superior y, por supuesto, no dependientes de las autoridades municipales.

La autonomía, por otra parte, derivaba y deriva de la propia forma jurídica que adoptan las asociaciones de vecinos. Se trata de personas jurídicas de derecho privado, cuya personalidad jurídica la adquieren como sociedades civiles sin fines de lucro, mediante la inscripción de su acta constitutiva y estatutos en la correspondiente oficina subalterna de registro. Esta forma jurídica de derecho privado se acompaña, además, con la característica de que se trata de personas jurídicas no estatales, en el sentido de que no están integradas a la organización general del Estado, aun en el supuesto de que puedan participar en ciertas actividades de gestión de intereses locales. En tal sentido, el registro de las asociaciones de vecinos legalmente constituidas que debía llevar cada concejo municipal en su jurisdicción, debía tenerse como un simple elemento de información a los efectos de promover la participación vecinal.

El carácter de personas jurídicas de derecho privado no estatales de las asociaciones de vecinos resulta, además, del hecho de que son asociaciones de carácter voluntario, donde la afiliación no es obligatoria; de que, en general, no ejercen autoridad; y de que sus directivos son electos por la propia comunidad vecinal sin injerencia de la Administración municipal. Las decisiones que adopten, y que puedan producir daños a terceros, por otra parte, comprometen la responsabilidad de la propia asociación y no la de la Administración municipal.

Otra característica de las asociaciones de vecinos es que sus funciones las ejercen en forma permanente y formal. No se trata de la simple reunión de vecinos ante un problema concreto urbano de carácter espontáneo, aun cuando sin duda, así surgió la mayoría de las asociaciones de vecinos constituidas en las últimas décadas. Por ello, el reto de la permanencia es el más importante de las asociaciones de vecinos: es fácil la aglutinación de una voluntad vecinal ante un problema concreto circunstancial; pero no es tan fácil lograr su permanencia, cuando el fenómeno coyuntural desaparece.

6. *La descentralización de servicios municipales a las comunidades y grupos vecinales organizados*

El artículo 184 C. establece el principio de la descentralización municipal, al disponer que la ley debe crear mecanismos abiertos y flexibles para que los municipios descentralicen y transfieran a las comunidades y grupos vecinales organizados los servicios que éstos gestionen previa demostración de su capacidad para prestarlos, promoviendo:

[97] Véase sentencia n.º 1037 del 1 de agosto de 2000 (caso APRUM), *Revista de Derecho Público*, n.º 83, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 391 y ss.

1. La transferencia de servicios en materia de salud, educación, vivienda, deporte, cultura, programas sociales, ambiente, mantenimiento de áreas industriales, mantenimiento y conservación de áreas urbanas, prevención y protección vecinal, construcción de obras y prestación de servicios públicos. A tal efecto, podrán establecer convenios cuyos contenidos estarán orientados por los principios de interdependencia, coordinación, cooperación y corresponsabilidad.

2. La participación de las comunidades y de ciudadanos o ciudadanas, a través de las asociaciones vecinales y organizaciones no gubernamentales, en la formulación de propuestas de inversión ante las autoridades estadales y municipales encargadas de la elaboración de los respectivos planes de inversión, así como en la ejecución, evaluación y control de obras, programas sociales y servicios públicos en su jurisdicción.

3. La participación en los procesos económicos estimulando las expresiones de la economía social, tales como cooperativas, cajas de ahorro, mutuales y otras formas asociativas.

4. La participación de los trabajadores o trabajadoras y comunidades en la gestión de las empresas públicas mediante mecanismos autogestionarios y cogestionarios.

5. La creación de organizaciones, cooperativas y empresas comunales de servicios, como fuentes generadoras de empleo y de bienestar social, propendiendo a su permanencia mediante el diseño de políticas en las cuales aquellas tengan participación.

6. La creación de nuevos sujetos de descentralización a nivel de las parroquias, las comunidades, los barrios y las vecindades a los fines de garantizar el principio de la corresponsabilidad en la gestión pública de los gobiernos locales y estadales y desarrollar procesos autogestionarios y cogestionarios en la administración y control de los servicios públicos estadales y municipales.

7. La participación de las comunidades en actividades de acercamiento a los establecimientos penales y de vinculación de éstos con la población.

Este principio descentralizador ha sido desarrollado en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, al repetirse que los municipios, de acuerdo a sus ordenanzas y a las leyes que regulan la materia, deben descentralizar y transferir a las comunidades y grupos vecinales organizados la prestación de los servicios públicos municipales, previa demostración de su capacidad para prestarlos (art. 280).

A tal efecto, el artículo 281 LOPPM dispone que las comunidades y grupos vecinales organizados que soliciten la descentralización o transferencia de un servicio público municipal deben demostrar como mínimo capacidad legal; formación profesional o técnica en el área relacionada con el servicio; experiencia previa en gestión de servicios públicos o en áreas afines del servicio solicitado; comprobación por certificación emitida por el municipio, de los planes de formación ciudadana; comprobación por certificación emitida, de curso en el área; legitimidad ante la comunidad involucrada, y presentación del proyecto.

En los casos en los cuales se efectúe la descentralización y la transferencia de servicios y recursos, ello debe realizarse mediante convenios, suscritos entre el municipio y la comunidad o grupo vecinal organizado legalmente constituido, previa elaboración del programa del servicio solicitado, de acuerdo a lo establecido en las normativas que regulan la materia (art 282). En todos esos casos, sin embargo, puede decirse que la descentralización es precaria, pues los municipios pueden intervenir el servicio o reasumir la prestación del servicio público transferido o descentralizado a comunidades y grupos vecinales organizados, cuando se deje de prestar el servicio o se preste deficientemente., mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los integrantes del concejo municipal respectivo (art. 283).

La Ley Orgánica, por otra parte, remitió a la ley estadal respectiva, para el establecimiento del procedimiento de transferencia y la forma de supervisión en los casos de servicios públicos estadales a ser descentralizados y transferidos a los municipios, a las comunidades y a los grupos vecinales organizados (art. 284).

En esta materia deben destacarse, por otra parte, las previsiones de la Ley de asignaciones económicas especiales para los estados y el distrito metropolitano de caracas derivadas de minas e hidrocarburos[98], conforme a las cuales las alcaldías deben destinar un porcentaje no menor al 20% del monto asignado, para que las comunidades, asociaciones vecinales y organizaciones no gubernamentales, que reúnan los requisitos establecidos en el reglamento de dicha ley, presenten, dentro de los 3 meses siguientes al inicio del ejercicio fiscal y hasta el tercer trimestre del mismo, los proyectos de inversión a los cuales deban aplicarse dichos recursos. Dichos proyectos deben ser presentados por las comunidades organizadas ante la alcaldía correspondiente a fin de que estas inicien el trámite de aprobación por ante el Ministerio del Interior y Justicia. Si transcurridos 30 días hábiles contados a partir de la presentación de los proyectos, la alcaldía no emitiera respuesta a la organización presentante sobre el trámite realizado, dichas organizaciones quedan facultadas para presentar los proyectos directamente ante el Ministerio del Interior y Justicia conjuntamente con el acuse de recibo del cual se pueda inferir el vencimiento del plazo establecido. Una vez aprobado el proyecto por el Ministro del Interior y Justicia, el alcalde debe, dentro de los 30 días siguientes, iniciar los trámites necesarios para proceder a la contratación respectiva cumpliendo con lo dispuesto en la legislación vigente.

98 Véase en *Gaceta Oficial* Nº 37.086 del 27 de noviembre de 2000.

§ 15. Aspectos generales del régimen del municipio

I. LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES

1. *Las competencias municipales en la constitución y los intereses propios de la vida local*

Como se ha dicho anteriormente, si bien el artículo 178 C. contiene una larga enumeración de materias que se atribuyen a los municipios (*Tercera parte, § 11*), puede decirse que las mismas no son, en absoluto, materias de la competencia exclusiva de los mismos. Lo que es exclusivo de los municipios son los aspectos de esas materias que *"conciernen a la vida local"*[1], pero las materias, en sí mismas, abarcan competencias también atribuidas al poder nacional y al poder estadal. Por ello, tratándose de un concepto jurídico indeterminado, era la Ley Orgánica del Poder Público Municipal la llamada a precisar los aspectos de las materias que conciernen a la vida local y que son de la competencia exclusiva de los municipios.

En todo caso, el elemento clave para identificar la competencia municipal en las materias propias de la vida local, radica en la determinación del alcance del concepto jurídico determinado que se refiere a "*lo que concierne a la vida local*". Sobre ello, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia 2257 de 13 de noviembre de 2001 ha sentado los siguientes criterios:

Destaca que la determinación de las competencias en él previstas se hace en atención a conceptos jurídicos indeterminados, como se alude con las expresiones "intereses peculiares de la entidad" y "materias propias de la vida local", razón por la que se dejó al legislador el desarrollo de las materias que sin ser las allí enumeradas, son inherentes y de interés de las entidades locales, dejando abierta la Constitución su conceptualización, así como la posterior inclusión de las materias que se consideraren propias de la vida local e igualmente el establecimiento, en cada caso, a los municipios de determinadas materias en exclusividad (competencias exclusivas).

Debía sin embargo, analizarse este artículo conjuntamente con el artículo 136 del mismo Texto Constitucional y, en especial referencia, con su ordinal 25º, y de ese análisis se determinará la competencia para aquellas materias que no resultaren ser intereses particulares ni propios de la vida local, pero que por su índole o naturaleza fueran de tal importancia que debían ser materias reservadas al poder nacional.

Y es así, como debe entenderse, en la actualidad, que hay materias que no corresponden a los intereses peculiares del municipio, especialmente aquellas que no guardan relación con sus bienes e ingresos ni con las materias propias de la vida local, como las referi-

---

[1] Así lo ha ratificado la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo en sentencia n.º 1090 de 11 de mayo de 2000, al considerar incluso que "la competencia de los municipios es residual; todo aquello que no sea competencia del poder nacional, propiamente dicho, será competencia de los municipios. Y, por cuanto las materias referentes a la vida local no se encuentran reservadas al poder nacional, es lógico y necesario pensar que es materia de competencia municipal"; en *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 349. *Cfr.* la sentencia n.º 329 de 04 de mayo de 2000 de la Sala Constitucional en *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 382.

das al urbanismo, abastos, circulación, cultura, salubridad, asistencia social, institutos populares de crédito, turismo y policía municipal y por ello, siendo estas materias de tal importancia y naturaleza debían quedar reservadas al poder nacional.

En este orden de ideas, debe reseñarse el régimen de esta competencia en la Constitución de 1999, a cuyos efectos se observa que, el artículo 178 expresa en su encabezado que "Son de la competencia del municipio el gobierno y administración de sus intereses y la gestión de las materias que le asignen esta Constitución y las leyes nacionales, en cuanto concierne a la vida local, en especial la ordenación y promoción del desarrollo económico y social, la dotación y la prestación de los servicios públicos domiciliarios, la aplicación de la política referente a la materia inquilinaria con criterios de equidad, justicia y contenido de interés social, de conformidad con la delegación prevista en la ley que rige la materia, la promoción de la participación, y el mejoramiento en general de las condiciones de vida de la comunidad en las siguientes áreas...". De lo anteriormente expuesto se deriva que, la Constitución quiso además de definir el contenido de la autonomía municipal, darle una mayor amplitud y radio de acción a dichas competencias, por otro lado, se incluyó la participación ciudadana como elemento inherente y necesario a la naturaleza del gobierno y la administración municipal. Asimismo, se elaboró en dicho artículo una enumeración clara y precisa más no definitiva, de las áreas dentro de las cuales se circunscribe y se llevará a cabo la competencia municipal, dejando a la legislación el desarrollo de los principios allí establecidos, respecto a los municipios y demás entidades locales. Concretamente, en el encabezado y en el numeral 6, se establece, que respecto a los servicios públicos domiciliarios, es competencia municipal la dotación y prestación del servicio de electricidad, dejando a salvo en la parte final del referido artículo, que "las actuaciones que correspondan al municipio en las materias de su competencia no menoscaban las competencias nacionales o estadales que se definan en la ley conforme a esta constitución", siendo esta disposición una clara limitación a las competencias antes enumeradas en la norma *in comento*.

Según lo señalado por el recurrente, mediante el último aparte del parágrafo único del artículo 36 Ley Orgánica de Régimen Municipal, se pretende que el poder nacional interfiera en la libre gestión de las materias de competencia local desde que dicho aparte prevé: "...sin menoscabo de las competencias nacionales referentes a la reglamentación técnica para instalaciones y modificaciones de las mismas, requisitos y condiciones de producción y suministro, facultades de inspección y potestades sancionadoras que se encuentren establecidas o se establezcan en normas nacionales. En todo caso, "las competencias municipales se ejercerán sin perjuicio de las atribuidas a los órganos que ejercen el poder nacional para el establecimiento de las tarifas de los servicios públicos, dentro del régimen de regulación de precios que le corresponde".

Por otra parte, el ordinal 2º del referido artículo establece que son de la competencia propia del municipio la "distribución y venta de electricidad y gas en las poblaciones de su jurisdicción".

Cabe destacar que, de la disposición antes transcrita, se desprende que es de la competencia nacional aquellas materias que sin ser propias de la vida local (servicios públicos), deben ser reguladas por el poder nacional, en especial todo lo referente a: a) reglamentación técnica para instalaciones de las mismas; b) requisitos y condiciones de producción y suministro; y c) facultades sancionadoras que se encuentren establecidas o se establezcan en normas nacionales. Además, ya está previsto en el aparte Único de dicho artículo, la competencia del poder nacional para el establecimiento de las tarifas de los servicios públicos, por lo que toda regulación que pretenda llevar a cabo el municipio en este sentido debe ser excluida. Sin embargo, a pesar de que el ordinal 2º establece como competencia del municipio la distribución y venta de electricidad, tal competencia debe llevarse a cabo sin perjuicio de la facultad del poder nacional en la imposición de las tarifas, y a su vez, debe

ser analizado a la luz del principio de prevalencia o de supremacía de las competencias atribuidas al poder nacional, razón por la que, el ordinal 2º que atribuye competencia al municipio en la distribución y venta del servicio eléctrico, debe ser entendido como una potestad de los municipios de tal servicio dentro de su territorio, ya que realmente lo que hace la Ley Orgánica de Régimen Municipal es habilitar al municipio para que participe en la prestación del servicio, sin que ello signifique una competencia exclusiva y excluyente del sector, ya que no puede analizarse la competencia que tiene el municipio en materia de servicios, partiendo de la única base de la Ley Orgánica que los rige, obviando el análisis del Texto Constitucional y las demás disposiciones legales.

El criterio anterior ha sido expuesto en diversas decisiones de este Supremo Tribunal, así por ejemplo, en sentencia del 25 de septiembre de 1990, la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, declaró que "no está viciado de inconstitucionalidad el penúltimo párrafo del artículo 7 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en lo relativo al ordinal 5º", fundamentándolo de la siguiente manera:

> En consecuencia, sin lugar a dudas, la Carta Fundamental prevé que se dicten en esta materia -municipal- al igual que en otras leyes orgánicas nacionales y disposiciones legales, por parte de los estados -en conformidad con aquellas-, tales normas no pueden, so pena de anulabilidad, colidir con las Constituciones de la República.
>
> La competencia atribuida a las municipalidades, en muchos aspectos, y debido a la importancia de alguno de ellos, está compartida con el poder nacional y al efecto, existen reservas constitucionales al respecto; en consecuencia, considera la Corte que, lejos de existir impedimentos, es la propia Constitución la que ordena el desarrollo de determinados principios constitucionales, entre ellos los referentes a la circulación sin menoscabar la autonomía y la competencia de las municipalidades.
>
> A partir de las consideraciones hechas, debe concluir esta Sala Constitucional que el artículo 36, parágrafo único, de la Ley Orgánica de Régimen Municipal cuando establece como competencia del poder nacional, el definir el régimen tarifario de los servicios públicos municipales dentro de la competencia de regulación de precios que le corresponde, lo hace cumpliendo con la normativa legal dispuesta para tales efectos, constituyendo, por tanto, un acto formal de las Cámaras Legislativas actuando como cuerpo colegiado, conforme a los artículos 136.25 y 139 C. de 1961, determinando por tanto que ese servicio por su "índole o naturaleza" es competencia nacional, no correspondiendo a las llamadas materias propias de la vida local o los intereses peculiares de cada municipio. Razón por la que la referida disposición, lejos de ser inconstitucional, está conforme a derecho y además ajustada a los intereses del colectivo, no incurriendo así en el vicio alegado por los recurrentes, en relación con los artículos 26, 29 y 30 C. de 1961, así como, tampoco en ninguna violación de disposiciones de la vigente Constitución, referente a la competencia municipal en materia de servicios públicos domiciliarios, máxime cuando en la enumeración que contiene el artículo 30 C. de 1961 (artículo que se consideraba neurálgico de las competencias municipales a nivel constitucional) no estaban los servicios públicos de electricidad. Pudiendo destacarse, a su vez, que la competencia que tiene el poder municipal en la materia de servicios eléctricos, según el artículo 178. 7 C. de 1999, se refiere sólo a la "dotación y prestación" de dicho servicio[2].

---

2 Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 205 y ss.

Ahora bien, el artículo 52 LOPPM, conforme a lo anterior, también declara que es competencia de los municipios, el gobierno y la administración de los *intereses propios de la vida local*, la gestión de las actividades y servicios que requiera la comunidad municipal, de acuerdo con la Constitución y las leyes; teniendo adicionalmente cada municipio, competencia organizativa, es decir, para organizar el funcionamiento de sus órganos, regular las atribuciones de las distintas entidades municipales y regular su autonomía funcional y su ordenamiento interno (art. 53).

En cuanto a las materias sustantivas de la competencia de los municipios, el artículo 55 LOPPM las clasifica en "propias, concurrentes, descentralizadas y delegadas". La ley no utiliza la expresión de "competencias exclusivas", las cuales, como se ha visto, son mínimas (*Tercera parte, § 11*); y en cuanto a la distinción entre las competencias propias y las concurrentes, la misma, como antes se analizó, radica en la determinación de lo que en relación con las materias de competencia concurrente se puede identificar como *aspectos relativos a de la vida local*[3].

2. *Las competencias propias*

A. *Enumeración general: lo concerniente a los intereses propios de la vida local*

El artículo 56 LOPPM enumera como "competencias propias" de los municipios, las siguientes:

1. El gobierno y administración de los *intereses propios de la vida local*.

2. La gestión de las materias que la Constitución y las leyes nacionales les confieran *en todo lo relativo a la vida local*, en especial, la ordenación y promoción del desarrollo económico y social, la dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios, la aplicación de la política referente a la materia inquilinaria, la promoción de la participación ciudadana y, en general, el mejoramiento de las condiciones de vida de la comunidad en las áreas siguientes:

   a. La ordenación territorial y urbanística; el servicio de catastro; el patrimonio histórico; la vivienda de interés social; el turismo local; las plazas, parques y jardines; los balnearios y demás sitios de recreación; la arquitectura civil; la nomenclatura y el ornato público.

   b. La vialidad urbana, la circulación y ordenación del tránsito de vehículos y personas en las vías municipales y los servicios de transporte público urbano.

   c. Los espectáculos públicos y la publicidad comercial en lo relacionado con los intereses y fines específicos del municipio.

   d. La protección del ambiente y la cooperación en el saneamiento ambiental; la protección civil y de bomberos; y el aseo urbano y domiciliario, incluidos los servicios de limpieza, recolección y tratamiento de residuos.

   e. La salubridad y la atención primaria en salud; los servicios de protección a la primera y segunda infancia, a la adolescencia y a la tercera edad; la educación preescolar; los servicios de integración familiar de las personas con discapacidad al desarrollo comunitario; las actividades e instalaciones culturales y deportivas; los servicios de prevención y protección, vigilancia y control de los bienes; y otras actividades relacionadas.

---

[3] Véase la sentencia de la Sala Constitucional n.º 2641 del 1º de octubre de 2003. en *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 336 y ss.

f. Los servicios de agua potable, electricidad y gas doméstico; de alumbrado público, alcantarillado, canalización y disposición de aguas servidas; de mataderos, cementerios, servicios funerarios, de abastecimiento y mercados[4];.

g. La justicia de paz; la atención social sobre la violencia contra la mujer y la familia, la prevención y protección vecinal y los servicios de policía municipal, conforme a la legislación nacional aplicable.

h. La organización y funcionamiento de la administración pública municipal y el estatuto de la función pública municipal.

i. Las demás relativas a la vida local y las que le atribuyan la Constitución y las leyes nacionales y estadales.

Como puede observarse, la mayoría de las materias que se enumeran en este artículo 56 LOPPM, son de competencia concurrente entre el poder nacional, el de los estados y el poder municipal; siendo sólo competencias municipales propias, los aspectos de dichas materias que sean relativos a la vida local, o que sólo incumben al municipio. Entre ellas, la ley hace especial énfasis respecto de algunas que se comentan a continuación.

B. *La ordenación y planificación del desarrollo económico y social relativo a la vida local*

El municipio es competente en materia de ordenación y promoción del desarrollo económico y social (art. 56,2 LOPPM), por lo que cada municipio, según sus particularidades, tal como lo establece el artículo 60 LOPPM, debe tener un plan que contemple la ordenación y promoción de su desarrollo económico y social que incentive el mejoramiento de las condiciones de vida de la comunidad municipal. Este plan municipal de desarrollo debe ser aprobado por el concejo municipal (art. 95.3 LOPPM).

Por supuesto, la planificación del desarrollo económico y social es una materia de competencia concurrente, en el sentido de que los artículos 112, 299, 308, 309 y 310 C. atribuyen competencia al "Estado" para promover la iniciativa privada con facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país; promover el desarrollo armónico de la economía nacional; proteger la artesanía e industrias populares; velar por la creación y fortalecimiento del sector turístico nacional; y proteger y promover la pequeña y mediana industria.

La atribución al "Estado" de estas competencias exige precisar que dicha expresión comprende a los diversos niveles territoriales que conforman la organización política del Estado: la República, los estados y los municipios. Por tanto, aquí también se trata de una materia de la competencia concurrente que se corrobora en otras normas constitucionales, que atribuyen a los órganos del poder público competencia exclusiva en aspectos específicos de esta materia.

En efecto, la Constitución asigna a la Asamblea Nacional la competencia exclusiva para aprobar las líneas generales del plan de desarrollo económico y social (art. 187.8) y atribuye al Presidente de la República competencia exclusiva para formular el plan *nacional* de desarrollo y dirigir su ejecución previa aprobación de la Asamblea Nacional (art. 236.18). Ello implica, por supuesto, que puede y debe haber planes estadales y municipales de desarrollo, para lo cual los estados y municipios tienen competencia. Por ello, en cada

[4] Cfr. VÍCTOR R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, "El régimen de los servicios públicos municipales: especial referencia a los servicios públicos domiciliarios", en *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani,* vol. II, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 961-1030.

estado debe existir un consejo estadal de planificación y coordinación (art. 166) y en cada municipio, un consejo local de planificación (art. 182). Los municipios, además, como se ha dicho, tienen competencia exclusiva en cuanto concierne a la vida local, en materia de ordenación y promoción del desarrollo económico y social (art. 178), a cuyo efecto cuentan con sus respectivos consejos locales de planificación.

C. *La ordenación del territorio municipal y la planificación del desarrollo urbano local*

Como se ha indicado, el artículo 56.2.a LOPPM, atribuye competencia a los municipios en materia de ordenación territorial y urbanística; patrimonio histórico; plazas, parques y jardines; balnearios y demás sitios de recreación; arquitectura civil; nomenclatura y ornato público. Por tanto, a la competencia tradicional en materia de urbanismo, ahora se agrega la competencia municipal en materia de ordenación territorial.

Debe recordarse que en materia de ordenación del territorio, la Constitución atribuye al "Estado" competencia en materia de ordenación territorial" (art. 128), por lo que se trata de una competencia concurrente entre la República, los estados y los municipios. Además, el artículo 156.23 C. le atribuye al poder nacional competencia exclusiva en cuanto a las políticas *nacionales* y la "legislación" en materia de ordenación de territorio, por lo que a los estados y municipios les corresponde la política estadal y municipal, respectivamente, en la ordenación del territorio de las respectivas entidades. Adicionalmente, el artículo 178 le atribuye expresamente a los municipios competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de "ordenación territorial", y el artículo 184 confirma la competencia de estados y municipios en la materia, por ejemplo, al referirse al "mantenimiento de áreas industriales".

Ahora bien, conforme lo establece el artículo 61 LOPPM, cada municipio, según sus peculiaridades, debe tener un plan local de desarrollo urbano mediante el cual se debe regular el uso y aprovechamiento del suelo según las directrices contenidas en el plan nacional de ordenación urbanística, y en concordancia con el plan de desarrollo económico y social señalado en el artículo 60. Este plan debe ser aprobado por el consejo municipal (art. 95,3 LOPPM)

Este plan, además de contener la ordenación del territorio municipal, debe hacer una clasificación de los suelos y sus usos, y debe regular los diferentes usos y niveles de intensidad de los mismos, definir los espacios libres y de equipamiento comunitario, adoptar las medidas de protección del medio ambiente, de conservación de la naturaleza y del patrimonio histórico, así como la defensa del paisaje y de los elementos naturales. A los efectos del plan de ordenación urbanística, por supuesto, la competencia en materia de servicio de catastro es fundamental (art. 56.2.a LOPPM). El plan debe contener además, si fuere necesario, la determinación de las operaciones destinadas a la renovación o reforma interior de las ciudades.

Ahora bien, en esta materia de urbanismo, sin duda, también se está en presencia de una competencia concurrente, ya que el artículo 156.19 C. atribuye al poder nacional el establecimiento, coordinación y unificación de normas y procedimientos técnicos para obras de ingeniería, de arquitectura y de urbanismo, y la legislación sobre ordenación urbanística

En todo caso, debe recordarse que en cuanto a los aspectos de la vida local del urbanismo, la competencia municipal tiene una larga tradición[5], que se comienza a delinear desde la Constitución de 1925, en la cual se atribuyó a la competencia local sólo la materia de ornamentación municipal y la construcción en general. Ello derivó luego hacia el urbanismo, pero sometido a las regulaciones del poder nacional, hasta llegar al régimen de la Constitución de 1947, en la cual se estableció un principio que guió la mentalidad de los urbanistas en Venezuela, y es que el urbanismo, siendo una materia de competencia concurrente entre el nivel municipal y el nacional, está sometida a una peculiaridad, que repitió la Constitución de 1953, en el sentido de que sólo podía ejercerse con sujeción a las leyes nacionales.

Por tanto, la competencia municipal en materia de urbanismo, con sujeción a las leyes nacionales, fue el principio en las Constituciones de 1947 y 1953. Sin embargo, ello se eliminó a partir de la Constitución de 1961, estableciéndose la autonomía municipal, es decir, la libre gestión por el municipio de la materia de urbanismo en lo que interesa a la vida local. En este contexto, la única atribución constitucional nacional en la materia es la mencionada del citado ordinal 19 del artículo 156 (similar al artículo 136.14 C. de 1961), la cual se configuró como una limitación sensata pero con alcance limitado, pues se refiere sólo al establecimiento, coordinación y unificación de normas y procedimientos técnicos en materia de urbanismo.

Esta competencia atribuida al poder nacional, sin embargo, en más de una ocasión fue interpretada en una forma excesivamente centralista, en perjuicio de las competencias municipales. En efecto, por ejemplo, en la Ley Orgánica de la Administración Central, de 1986 esa competencia, con el mismo texto que tenía el artículo 136.14 C. de 1961, fue asignada al entonces Ministerio del desarrollo urbano[6], pura y simplemente, sin que hubiera mediado la sanción de una ley nacional de ordenación urbanística. La Ley Orgánica de la Administración central, en realidad, endosó todo el enunciado del artículo 136.14 C. de 1961, en forma impropia al poder ejecutivo y dentro de éste, a dicho Ministerio del desarrollo urbano, cuando al ser una competencia que la Constitución atribuía al poder nacional, de acuerdo al artículo 139, era el poder legislativo directamente quien debía legislar sobre esa competencia nacional. Sin embargo, en 1976 el poder legislativo legisló, y lo que hizo fue endosar la misma competencia de artículo 136.14 C. de 1961 al poder ejecutivo, de manera que, conforme a esa ley orgánica, era el poder ejecutivo el encargado de establecer y coordinar normas y procedimientos técnicos para obras de ingeniería, arquitectura y urbanismo, porque así lo había establecido la derogada Ley Orgánica de la Administración Central al asignar competencias al mencionado Ministerio del desarrollo urbano.

Al contrario, el urbanismo tenía que estar regulado en una ley sustantiva que dijera cuál era el ámbito de la competencia nacional y municipal en la materia. Hasta 1988, las únicas leyes que se habían dictado en este sentido, y que regulaban algo sobre las competencias públicas en materia de urbanismo, como ley nacional, eran las derogadas Ley Orgánicas de Régimen Municipal de 1978 y Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de 1983[7], en las cuales se estableció cuál era el sentido de la concurrencia de competencias.

---

[5] ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Urbanismo y Propiedad Privada,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1980, pp. 117 y ss.

[6] Art. 37, Ord. 6. Véase la Ley Orgánica en *Gaceta Oficial* n.º 3.945 Extra. de 30 de diciembre de 1986.

[7] Véase en *Gaceta Oficial,* n.º 3.328 Extra, de 11 de agosto de 2083; y ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "El régimen de urbanismo en la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio", en *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1983.

En efecto, el artículo 7.3 de la primera de dichas leyes estableció, en materia de urbanismo, por una parte, que los planes de desarrollo urbano local, debían ser elaborados de acuerdo con las normas y procedimientos técnicos establecidos por el poder nacional. Por otra parte, estableció que esos planes de desarrollo local entrarían en vigencia una vez aprobados por la autoridad nacional competente, el entonces Ministerio del desarrollo urbano, de acuerdo a la Ley Orgánica de Administración Central, conforme a la atribución para establecer, coordinar y unificar dichas normas y procedimientos en materia de urbanismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136.14 C.

Esta norma de la vieja Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1978, en realidad, era lógica y no violaba la autonomía municipal, sino que más bien era una aplicación de la concurrencia de competencias: el poder nacional tiene competencia para establecer y unificar principios y normas técnicas en materia de urbanismo; los municipios tienen competencia para sancionar los planes de desarrollo urbano local, de acuerdo a esos principios y normas; y la forma de verificar que éstos se elaboran de acuerdo a aquellos principios y normas técnicas, es mediante una técnica aprobatoria, que implica una simple verificación de que se cumplió con lo que la Constitución prescribía.

Este esquema, básicamente fue el adoptado en la derogada Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 16 de diciembre de 1987[8] en la cual se atribuyó a los municipios la aprobación de los planes de desarrollo urbano local (art. 41); sin embargo, hecho esto, antes de su aprobación definitiva y publicación en la *Gaceta Municipal*, el plan de desarrollo urbano local debía ser sometido a la consideración del antiguo Ministerio del desarrollo urbano, para que se pronunciase "sobre la conformidad del mismo con respecto al plan de ordenación urbanística correspondiente, si lo hubiere" (art. 42).

En este contexto, por tanto, es que se enmarca la competencia que la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2005 atribuye a los municipios en el artículo 61, adoptar un plan local de desarrollo urbano mediante el cual se debe regular el uso y aprovechamiento del suelo según las directrices contenidas en el plan nacional de ordenación urbanística, y en concordancia con el plan de desarrollo económico y social.

Ahora bien, en esta materia de urbanismo, además del artículo 61 LOPPM, conforme a la tradición de la enumeración constitucional, el artículo 178.1 C. también atribuye competencias al municipio en materia de "arquitectura civil, nomenclatura y ornato público" (art. 56.2.a LOPPM). Otra norma que establece una competencia en materia de urbanismo en la Constitución es el mismo artículo 178.1 que se refiere al "patrimonio histórico; vivienda de interés social; turismo local; parques y jardines, plazas, balnearios y otros sitios de recreación" (art. 56.2.a LOPPM). Se destaca, además, las regulaciones del mismo artículo 56.2.a y b LOPPM que atribuyen a los municipios competencia en materias como "el servicio de catastro"; "vialidad urbana, la circulación y ordenación del tránsito de vehículos y personas en las vías municipales y los servicios de transporte público urbano".

En esta materia de ordenación urbanística, por último, especial mención debe hacerse respecto del la regulación del artículo 89 LOPPM que asigna a los alcaldes la potestad de poder ordenar la demolición de las obras construidas en contravención a las normas relativas al uso del suelo o la conservación, restauración o demolición de edificios en situación ruinosa.

---

8 Entró en vigencia el 19 de marzo de 1988. *Gaceta Oficial* n.º 33.868 de 16 de diciembre de 1987. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Introducción general al régimen legal de la ordenación urbanística", en *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística,* Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1988.

Ahora bien, en el contexto de toda esta normativa en 2005 se sancionó la Ley Orgánica para la Planificación y gestión de la ordenación del territorio (LOPGOT)[9], que derogó, sustituyó y refundió en un solo texto la normativa de las antes mencionadas Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de 1983 y a la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 1987. Conforme a esta nueva Ley Orgánica, la autoridad municipal en materia de planificación y gestión de la ordenación del territorio es ejercida por las alcaldías y los concejos municipales de cada municipio, según corresponda, regulándose como planes municipales los de Ordenación del Territorio, de Desarrollo Urbano Local y los especiales.

En tal sentido, dispone el artículo 88 LOPGOT que en cada Municipio se debe dictar un plan municipal de ordenación del territorio, como instrumento a mediano plazo, que desarrolle las directrices del plan estadal de ordenación del territorio y del plan de ordenación del territorio urbanístico en el ámbito del respectivo municipio; plan que debe contener lineamientos en las siguientes materias: la localización de los usos a que debe destinarse prioritariamente el territorio municipal, de acuerdo a sus potencialidades económicas, condiciones especificas, políticas de desarrollo y realidades ecológicas; la delimitación de los espacios sujetos a conservación, defensa y mejoramiento del ambiente; a los espacios libres, áreas verdes destinadas a parques y jardines públicos, zonas recreacionales y de expansión; en general a todo aquello que constituya equipamientos urbanos; la armonización de los usos del espacio con las exigencias establecidas en los planes de seguridad y defensa; la política de incentivos que coadyuven a la ejecución del plan estadal y municipal de ordenación del territorio; el régimen de aprovechamiento de los recursos naturales; el trazado y características de la red de dotación de agua potable, cloacas y drenajes en la secuencia de incorporación recomendada; el trazado y características de la red vial del Municipio, definición del sistema de transporte y organización de las rutas extraurbanas del mismo; la definición de las áreas sujetas a riesgos asociados a fenómenos naturales, tecnológicos, así como los mecanismos adecuados para disminuir su vulnerabilidad y salvaguardar la vida y seguridad de la población; la programación por etapas de la ejecución del plan, con indicación precisa de las zonas de acción prioritaria, del costo de implantación de los servicios o de la realización de las obras urbanísticas, así como las fuentes de financiamiento; la identificación de los terrenos de propiedad privada que resultarán afectados por la ejecución de obras de carácter público de acuerdo al del plan; y la incorporación de los espacios que constituyan el hábitat y las tierras de los pueblos y comunidades indígenas, demarcados según la ley de la materia (art. 89).

Estos planes municipales de ordenación del territorio deben ser coordinados en el proceso de elaboración por la alcaldía correspondiente, con el apoyo técnico de la comisión estadal de ordenación del territorio y los consejos locales de planificación del respectivo municipio (art. 90). Dicho plan debe ser presentado por el alcalde a la cámara municipal para su aprobación, previa opinión favorable de la comisión estadal de ordenación del territorio, para ordenar la publicación en la *Gaceta municipal* respectiva (art. 91).

El control de la ejecución del plan corresponde al alcalde del municipio respectivo, con la asesoría de la comisión estadal de ordenación del territorio; y en ejercicio de las facultades de control, los funcionarios competentes deben realizar las actividades necesarias para garantizar el cumplimiento de las previsiones del plan y, en particular, les corresponde otorgar o negar las correspondientes constancias de uso conforme previstas en la ley (art. 95), y deben imponer las sanciones administrativas correspondientes en caso de incumplimiento o violación a las disposiciones del plan (art. 94).

9 Véase en *Gaceta Oficial* nº 38.264 del 2 de septiembre de 2005.

En cuanto a los planes de desarrollo urbano local, estos son el instrumento jurídico de planificación que representa la concreción espacial urbana detallada de las directrices y determinantes de desarrollo urbano contenidas en el plan de ordenación urbanística respectivo (art.96), los cuales deben ser aplicados al área urbana definida en los mismos (art. 97).

Estos planes de desarrollo urbano local tienen los siguientes objetivos fundamentales, tal como los enumera el 99 LOPGOT: concretar espacialmente las políticas y lineamientos urbanísticos establecidos en los planes de ordenación urbanística; definir, organizar y precisar los usos del suelo propuestos en los planes de ordenación urbanística; determinar áreas prioritarias de desarrollo; establecer estrategias y acciones específicas que orienten el desarrollo de la ciudad; proporcionar las directrices fundamentales para la elaboración de los planes especiales; establecer el programa de obras, presupuesto, fuente de financiamiento y entes responsables de la ejecución, y establecer el programa de adquisición de tierras.

Estos planes de desarrollo urbano local deben ser elaborados por el organismo municipal de planificación o, en su defecto, por quien designe el concejo municipal, y para su elaboración debe consultarse al Ejecutivo nacional y a los estados respectivos sobre los lineamientos del plan en términos de sus proposiciones económicas, sociales y los de carácter físico espacial (art. 100). Su aprobación corresponde al concejo municipal, al cual se lo debe someter la alcaldía (art. 102), debiendo publicarse en la *Gaceta Municipal* (art. 103). En todo caso, las actuaciones en el suelo con fines urbanísticos requieren la previa aprobación de los respectivos planes de ordenación del territorio urbanísticos, para la asignación de uso y de su régimen correspondiente, así como de la fijación de volúmenes, densidades y demás procedimientos técnicos (art. 101).

La Ley Orgánica también regula en el ámbito municipal, a lo planes especiales como instrumentos jurídicos de planificación que representan la concreción espacial detallada de las directrices y determinantes del desarrollo municipal, contenidas en el plan de ordenación del territorio urbanístico y en los planes municipales de ordenación del territorio respectivo (art. 106), los cuales pueden ser aplicables a áreas centrales o centros de ciudades; a zonas de renovación o expansión urbana; a zonas de rehabilitación urbana; a zonas de asentamientos no controlados; o a otras áreas del municipio con condiciones específicas (art. 108).

Los planes de ordenación del territorio urbanísticos, por supuesto, delimitan el contenido del derecho de propiedad, quedando este derecho, conforme lo indica el artículo 118 LOPGOT, vinculado al destino fijado por los planes, conforme al ordenamiento constitucional y legal. En esta materia, la competencia urbanística en concordancia con el régimen del suelo comprende, entre otras, las siguientes funciones: determinar la utilización del suelo en congruencia con la utilidad pública y la función social y urbanística de la propiedad; asegurar el mantenimiento de una densidad adecuada al bienestar de la población; imponer la justa distribución de las cargas y beneficios del plan entre los propietarios afectados; afectar las plusvalías del valor del suelo originado por el plan al pago de los gastos de urbanización; y adquirir terrenos para construir patrimonios públicos de suelo.

Conforme lo dispone el artículo 136 de la Ley Orgánica, todas las actividades que impliquen ocupación del territorio a ser desarrolladas en áreas urbanas, deben ser ejecutadas por organismos públicos y privados o por particulares, a cuyo efecto deben estar acordes con las ordenanzas municipales y ajustadas a las variables urbanas fundamentales previstas en la ley, así como a los demás instrumentos jurídicos que regulen la materia urbanística, siendo el ente competente para su autorización el municipio. Además, corresponde a los organismos municipales competentes, la inspección, directamente o mediante contrato de servicios profesionales, de la construcción de las urbanizaciones y edificaciones, a fin de verificar el cumplimiento de las variables urbanas fundamentales y de las normas técnicas

nacionales en cuanto a urbanismo y edificación. A tal efecto, conforme al artículo 149 de la ley, el propietario de la obra debe contribuir a costear la fiscalización por contrato de servicio mediante el pago de una tasa de inspección, que debe fijar la alcaldía conforme la ordenanza correspondiente. Para el cumplimiento de estas funciones, los Municipios deben establecer las dependencias y procedimientos de inspección que correspondan a sus necesidades, recursos y demás particulares circunstancias.

Por último, debe indicarse en relación con las competencias municipales en materia de ordenación territorial, las atribuciones que le asigna a los municipios la Ley de Zonas Costeras[10], que comprenden las de adecuar el plan de ordenación urbanística a lo previsto la ley; recomendar al poder público nacional, una vez oída la opinión conforme a los medios de consulta y participación pública previsto en la ley, las áreas y recursos que deban someterse a un régimen de administración especial; colaborar en la implementación de programas de saneamiento ambiental, incluyendo la caracterización y señalización de las playas aptas o no, conforme a los medios de consulta y participación pública previstos en la ley; garantizar el mantenimiento de las condiciones de limpieza, higiene y salubridad pública en las playas y balnearios, así como coadyuvar en la observancia de las normas e instrucciones sobre salvamento y seguridad de las vidas humanas; prever los recursos presupuestarios para la dotación de servicios y el saneamiento ambiental; cooperar, a través de sus órganos de policía, en la vigilancia y control de las actividades que en ella se desarrollen; y establecer los mecanismos de coordinación interinstitucional municipal (art. 25).

Para el ejercicio de dichas competencias, conforme al artículo 20 de la ley, los municipios deben dictar sus ordenanzas de desarrollo de acuerdo con los siguientes lineamientos: las políticas de Estado que regulen lo referente a la ordenación del espacio geográfico nacional; la política de Estado de protección, conservación y aprovechamiento de los recursos naturales; la política de Estado sobre las actividades a desarrollarse en las zonas costeras; el plan de ordenación y gestión integrada de las zonas costeras; la política socioeconómica del Estado; y la participación efectiva de los diferentes medios de consulta y participación pública previstos en la ley. El Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales debe asesorar y apoyar a los organismos públicos municipales en el cumplimiento e implementación de las disposiciones establecidas en la ley (art. 27).

D. *La ordenación de la vialidad y la circulación urbana*

Los municipios tienen competencia en materia de vialidad urbana, circulación y ordenación del tránsito de vehículos y personas en las vías municipales (art. 56.2.b LOPPM). Esta competencia tradicional de los municipios no sólo les atribuye la vialidad urbana, su ordenación y regulación, sino el régimen de circulación y ordenación del tránsito de vehículos y personas en las vías municipales[11], lo que configura la policía de circulación. La Ley Orgánica del Poder Público Municipal, además, declara como bienes del dominio público municipal todas las vías terrestres urbanas, rurales y de usos comunales (art. 135.2).

Ahora bien, en este caso se trata de otra competencia municipal tradicional, en torno a la cual ha habido una discusión tradicional sobre qué es circulación y cuál es el tipo de

---

10 Véase en gaceta Oficial nº 37.319 del 7 de noviembre de 2001.

11 Véase ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Estudio sobre la delimitación de competencias entre el poder nacional y el poder municipal en materia de tránsito y transporte terrestre* (*Con especial referencia a la Municipalidad del Distrito Federal*), Caracas, Gobernación del Distrito Federal, 1965; íd. *Aspectos institucionales del transporte y tránsito en el área metropolitana de Caracas* (con Prólogo de ANTONIO MOLES CAUBET), Caracas, Fondo Editorial Común, 1971.

concurrencia que existe respecto de las competencias nacionales en la materia. En realidad, circulación equivale a tránsito y esto se traduce en uso de las vías públicas y la regulación del mismo. Por tanto, la circulación es una competencia municipal, porque se trata de un uso de la vía pública municipal (tránsito por la vía pública municipal), que es un bien del dominio público municipal. Por ello, es que hay esa competencia local en materia de circulación y tránsito urbano, lo que implica competencia para la regulación de la circulación, la policía de la circulación y la imposición de sanciones en materia de circulación.

Como se dijo, en la materia ha habido discusión en cuanto a la delimitación de la misma en relación con las que corresponden al poder nacional. En efecto, en cuanto al régimen de la circulación, podría decirse que casi todo es de la competencia nacional, por su índole o naturaleza conforme al artículo 156. 33 C., aun cuando el artículo 158.2 del propio Texto Constitucional enumere a la circulación dentro de las materias propias de la vida local. En efecto, el régimen y regulación de la autorización a los vehículos para circular (matriculación) y de las licencias de conductores son hoy materias de naturaleza nacional, pues no tendría sentido, por ejemplo, con las interconexiones territoriales actuales, que cada municipio diera licencias a su leal saber y entender. En el mismo sentido, por ejemplo, el sistema de señalización para la circulación, tiene que ser nacional e, incluso, internacional, pues no podría cada municipio establecer sus particulares sistemas de señalización.

Sin embargo, hay otros elementos de la circulación que permanecen locales, por ejemplo: determinación de las vías peatonales, y las horas o días en los cuales se restringe la circulación de vehículos. Así, una típica competencia local es la determinación, en las ciudades, de los días de restricción de circulación de vehículos. Por ello, por ejemplo, la decisión del Ejecutivo nacional de 1979, que fijó el "día de parada" en la ciudad de Caracas[12], fue absolutamente inconstitucional, pues ésa no es materia de índole nacional, sino típicamente local. Igual situación se presenta con el establecimiento de las vías que deben o no circularse, o con el cierre de avenidas para usarlas para peatones, lo cual debe ser local.

En cuanto al régimen de la policía de la circulación, ésta tiene que ser materia local. Por ello es que la tradicional regulación del cuerpo nacional de vigilantes de tránsito, sin competencias locales en la materia, no se ajustaba a la Constitución[13]. En ésta, al contrario, la policía de la circulación es una típica función de la policía municipal; como ocurre en cualquier parte, de manera que es difícil encontrar una policía exclusivamente "nacional" del tránsito. Además, desde el punto de vista práctico, es un absurdo que la policía de la circulación no sea una rama especializada de la policía municipal destinada al tránsito y que se pretenda que puede funcionar una policía nacional de tránsito.

En efecto, si la circulación es una competencia municipal, en el ámbito urbano, una de las típicas áreas de la policía es la policía de la circulación, la cual debe ser municipal. Esto tiene sus consecuencias: las sanciones, por ejemplo, deben ser impuestas por la autoridad municipal, y el producto de las multas debe ingresar a la hacienda municipal. Recuérdese que de acuerdo al artículo 179.5 C., las "el producto de las multas" que impongan las autoridades municipales constituyen un típico ingreso local, por lo que las sanciones derivadas de la violación de las normas de circulación en las vías públicas municipales así sean, inclusive, normas nacionales que se establezcan por su índole o naturaleza, pero cuya aplicación es local, deben imponerse por las autoridades municipales y su producto ingresar a la hacienda municipal.

---

12 Véase decreto n.º 340 de 1-11-79 en *Gaceta Oficial* n.º 1.857 d e 7-11-79.

13 Véase ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Aspectos institucionales del transporte y tránsito en el área metropolitana de Caracas,* cit., pp. 74 y ss.

En esta materia, además, es de la competencia municipal en materia de circulación, los impuestos sobre vehículos (art. 179.2).

Ahora bien, en la legislación nacional se ha regulado esta materia de competencia concurrente, y a tal efecto, en la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre[14], en cuanto a la competencia municipal en materia de tránsito, en el artículo 6 de la misma se dispone que comprende la ordenación de la circulación de vehículos y personas; la construcción y mantenimiento de la vialidad urbana; los servicios conexos; la ejecución de las sanciones; el control y fiscalización del tránsito urbano, de conformidad con lo establecido en dicha ley. En tal sentido, entre las autoridades encargadas de controlar y hacer cumplir la regulación del tránsito, además del Cuerpo Técnico de Vigilancia del Tránsito y Transporte Terrestre, se indican a las policías estadales y municipales de circulación (art. 7); y entre las autoridades administrativas del tránsito y transporte terrestre, además, del Ministerio de Infraestructura y el Instituto Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre, a nivel nacional, se indica a las autoridades administrativas con competencia en los estados y municipios, en el ámbito de sus respetivas circunscripciones (art. 13).

E. *Los servicios públicos municipales*

La Ley Orgánica del Poder Público Municipal regula con bastante detalle la competencia municipal en materia de servicios públicos municipales, en particular, los siguientes:

a. *Los servicios de transporte público de pasajeros*

De acuerdo con el artículo 178.2 C. y con el artículo 56.2.b LOPPM, los municipios tienen competencia en materia de "los servicios de transporte público urbano"; lo que significa que ello sólo se refiere al transporte urbano de pasajeros y no al transporte interurbano[15]. En efecto, uno de los usos más importantes de las vías públicas, es para el transporte público o colectivo de pasajeros. Por ello, la competencia local en materia de circulación por las vías públicas urbanas, trae consigo la competencia en materia de transporte urbano de personas.

En efecto, en las Constituciones de 1947 y de 1953, entre las competencias municipales estaba el transporte urbano, lo cual se había eliminado en la enumeración del artículo 30 de la Constitución de 1961. En la Constitución de 1999, en cambio, como se ha dicho, se restableció esta competencia expresamente en materia de "servicios de transporte urbano de pasajeros" (art. 178.2).

El transporte terrestre, en general, sin embargo, es una competencia concurrente. En efecto, el poder nacional, conforme al artículo 156.26 C., tiene competencia en lo relativo al régimen del transporte terrestre y, además, también se atribuye al poder nacional en el artículo 156.27 C. competencia en materia del "sistema de vialidad y ferrocarriles nacionales". Sin embargo, debe observarse que, de la Constitución de 1999, se eliminó la competencia el poder nacional que se regulaba en la Constitución de 1961 en materia de "cables aéreos de tracción y vías férreas aunque estén dentro de los límites de un estado, salvo que se trate de tranvías o cables de tracción urbanos cuya concesión y reglamentación compete a los respectivos municipios" (art. 136).

---

[14] Véase *Gaceta Oficial* nº 37.332 del 26 de noviembre de 2001

[15] Idem. Véase además, la sentencia 1815 de 3 de agosto de 2000 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, *Revista de Derecho Público*, n.º 83, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 227.

En esta forma, indirectamente, se atribuía a los municipios de una competencia en materia de transporte urbano[16], por lo que se refería a los tranvías o los cables de tracción urbana.

Ahora bien, de acuerdo con el régimen de la Constitución de 1961, no todo transporte urbano era de la competencia municipal, pues había un medio de transporte cuyo régimen la Constitución reserva al poder nacional, y que era el realizado por las vías férreas, salvo los tranvías que aun cuando sin duda, también eran mediante vías férreas, que la Constitución de 1961 atribuía al Municipio.

El Metro, por tanto, conforme a la Constitución de 1961 era de la competencia nacional, y en efecto, si algo distingue al Metro del tranvía y que uno fuera de competencia nacional y el otro municipal, es el uso de la vía pública: el tranvía circula por vías del dominio público municipal: la calle, que se convierte en una vía de uso múltiple superficial; en cambio, el Metro circula por una vía férrea de uso exclusivo, y que también constituye dominio público, y como transporte por vía férrea la Constitución de 1961 reservaba al poder nacional. Por ello, la competencia en relación al Metro era una competencia nacional, y así se estableció expresamente en la Ley de los sistemas rápidos de transporte de personas de 15 de diciembre de 1982[17].

La Constitución de 1999 modificó la atribución de competencia en materia de vías férreas, y sólo atribuyó al poder nacional la competencia en materia de "ferrocarriles nacionales" (art. 156.27), lo que implica que podría haber ferrocarriles de los estados y de los municipios. Ello, en todo caso, queda a ser determinado por la ley, y la vigente ley de los sistemas rápidos de transporte de personas de 1982, atribuye el metro al poder nacional.

Ahora bien, al atribuirse al municipio competencia en materia de transporte urbano, ello implica la competencia para regularlo, otorgar las concesiones y establecer la fijación de tarifas. En este último aspecto, sin embargo, ello sería sin perjuicio de las competencias que pueden atribuirse por ley a los órganos que ejercen el poder nacional en cuanto al establecimiento de las tarifas de los servicios públicos, dentro del régimen de regulación de precios.

En todo caso, en esta materia del régimen del transporte de personas en el pasado se sucedieron discusiones y problemas, básicamente de legalidad. El viejo Reglamento de la anterior Ley de Tránsito Terrestre (Art. 57), en efecto, contenía un típico caso de inconstitucionalidad, porque invadía competencias locales, al establecer una intromisión de las autoridades nacionales en el otorgamiento de concesiones de transporte urbano y no sólo de carácter extraurbano, que es lo que le corresponde.

En efecto, para el transporte extraurbano, la concesión de su servicio, su regulación y la policía del mismo le corresponde al ámbito nacional, en su momento, al Ministerio de transporte y comunicaciones. Ello es perfectamente admisible. En cambio, para el transporte urbano de personas son los municipios los que deben otorgar la concesión de las líneas de autobuses y camionetas.

Pero el Reglamento exigía que ello fuera con la previa buena pro o visto bueno que el Ministerio nacional debía dar a la respectiva concesión. Al preverse una actuación del antiguo Ministerio de Transporte y Comunicaciones en esta última materia en el Reglamento de la Ley de Tránsito Terrestre, ello se estimó inconstitucional y la Corte Suprema de Justicia en 1970 declaró la nulidad del artículo respectivo, al considerar

---

16 Véase ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Aspectos institucionales del transporte y tránsito en el área metropolitana de Caracas*, cit. pp. 87 y ss.

17 *Gaceta Oficial* Extra. n.º 3.078 del 28 de diciembre de 1982.

que el poder nacional no podía invadir las competencias municipales en materia de transporte urbano, que comprendían el régimen, la concesión, la tarifa y la policía de transporte urbano[18].

En la actualidad, la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre[19] precisa que corresponde al poder público municipal, en materia de transporte terrestre, "la prestación del servicio de transporte público de pasajeros urbano y, suburbano, interurbano, periférico y metropolitano, en el ámbito de su circunscripción y en los términos que establezca la ley y los reglamentos" (art. 6); configurándose como autoridades administrativas del transporte terrestre, además del Ministerio de Infraestructura y el Instituto Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre, a nivel nacional, las autoridades administrativas con competencia en los estados y en los municipios, en el ámbito de sus respetivas circunscripciones (art. 13).

En los municipios, por tanto, el servicio de transporte público de pasajeros se puede prestar directamente por la autoridad municipal o por personas naturales o jurídicas debidamente autorizadas (art. 7) por la misma, a la cual además corresponde establecer el régimen tarifario (art. 77).

b. *Los servicios de alumbrado público*

De acuerdo con el artículo 56.2.f LOPPM, corresponde a los municipios, como un servicio público propio y tradicional de la vida local, el relativo al alumbrado público. En tal sentido, la Ley del Servicio Eléctrico[20], dispone entre las competencias de los municipios, el asegurar un servicio adecuado de alumbrado público en su jurisdicción, directa o indirectamente; y en este último caso debe garantizar la debida remuneración del servicio a la empresa que lo suministre (art. 42.2).

Por otra parte, la Ley de armonización y coordinación de competencias de los poderes públicos nacional y municipal para la prestación de los servicios de distribución de gas con fines domésticos y de electricidad[21], ratificó que es de la competencia exclusiva del poder público municipal el servicio de alumbrado público dentro de su ámbito territorial, bajo la modalidad que se estime más conveniente para los intereses de la comunidad (art. 4).

c. *Los servicios funerarios y de cementerios*

El artículo 56.2.f LOPPM también atribuye a los municipios competencia en materia de servicios relativos a los cementerios y servicios funerarios.

d. *Los servicios de abastecimiento, mercados y mataderos*

El artículo 56.2.f LOPPM atribuye al municipio competencia en materia de abastecimiento y mercados, la cual, con la denominación de "abastos", ha sido tradicionalmente una competencia municipal en la evolución constitucional venezolana. Se estima que si algo compete a la autoridad local es asegurar el abastecimiento de la población. Sin embargo, esta competencia hay que confrontarla a la luz del proceso de urbanización. Por ello, básicamente para un municipio rural y para las poblaciones que lo conforman, ésta será una materia propia de la vida local; y de allí surge, por ejemplo, la competencia tradicional en materia de mataderos. Sin embargo, en un gran municipio urbano, el problema del abaste-

---

18 Véase ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Aspectos institucionales del transporte y tránsito en el área metropolitana de Caracas*, cit., pp. 87 y ss.

19 Véase en *Gaceta Oficial* n° 37.332 del 26 de noviembre de 2001.

20 Véase en *Gaceta Oficial* n° 5.568 Extra. del 31 de diciembre de 2001.

21 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 37.319 del 7 de noviembre de 2001.

cimiento de la ciudad rebasa el ámbito municipal, y pasa a ser una materia de interés nacional. En todo caso, esta materia tendría que ser regulada a nivel local tomando en cuenta las diversas categorías de autoridades locales que debe haber.

Ahora bien, en esta materia, la Ley Orgánica atribuye al municipio los servicios además de competencia en los servicios de "abastecimiento y mercados", competencia en materia de "mataderos". Por supuesto, en esta materia también hay una concurrencia de competencias entre el nivel municipal y el nivel nacional. En la propia Constitución hay una norma, dentro de las que regulan los derechos económicos, que establece, con carácter general, que el Estado promoverá la iniciativa privada, sin perjuicio de la facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país (art. 112). Esta es una competencia que se le atribuye al Estado y cuando el texto constitucional habla del Estado, insistimos, se refiere a los tres niveles territoriales nacional, estadal y municipal.

De acuerdo a esta norma, sin duda, el municipio tiene competencia para regular los servicios de abastos. Hasta ahora, a nivel legislativo, para concretarla se ha dictado la norma de la Ley Orgánica que le atribuye funciones para estos servicios, de manera que es una competencia local específica. Además, están las normas de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, y las relativas al mercadeo agrícola. En estas normas nacionales se regula la distribución, circulación y consumo de bienes de primera necesidad, a lo que hay que agregar las normas sobre pesos y medidas (Ley de Metrología Legal), de carácter nacional.

En presencia de estas normas nacionales, la competencia genérica municipal en materia de abastos y mataderos prevista en el artículo 56.2,f LOPPM, en realidad se reduce a establecer servicios que faciliten el mercadeo y abastecimiento de productos (abastos y mataderos); es decir, a establecer la infraestructura para facilitar la comercialización de los productos y para el beneficio de las reses. Sin embargo, la política pública para asegurar el abastecimiento dentro de los mercados o asegurar la producción pecuaria, es un proceso que entra dentro de las competencias nacionales y, de allí, las dos leyes mencionadas sobre protección al consumidor y mercadeo agrícola.

e. *Los servicios públicos domiciliarios: agua potable, electricidad y gas*

Pero además de los servicios propios de la vida local antes mencionados, también corresponden a la competencia de los municipios, la dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios, que se refieren al suministro de agua potable (suministro de agua, art. 64 LOPPM), de electricidad y de gas (art. 56.2.f LOPPM). Estos servicios, conforme se establece en el artículo 63 LOPPM, deben ser prestados directamente por éstos o mediante alguna forma de contratación, con sujeción al régimen general que se establezca en la correspondiente ley nacional. Incluso, la Sala Constitucional ha considerado que el poder nacional es el competente para el establecimiento del régimen tarifario de dichos servicios públicos[22].

Debe además indicarse que el artículo 156.29 C. atribuye al poder nacional competencia en materia de "el régimen general de los servicios públicos domiciliarios y en especial, electricidad, agua potable y gas[23].La exclusividad de la competencia nacional en esta mate-

22 Véase la sentencia de la Sala Constitucional n.º 2257 de 13 de noviembre de 2001, en *Revista de Derecho Público* n.º 85-88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 205 y ss; y n.º 2641 del 1 de octubre de 2003, en *Revista de Derecho Público* n.º 93-96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 337 y ss.

23 Véase decreto ley n.º 1.507 con de Ley de armonización y coordinación de competencias de los poderes públicos nacional y municipal para la prestación de los servicios de distribución de gas con fines domésticos y de electrici-

ria, sin embargo, sólo se refiere al "régimen general" de los servicios, pero no al régimen particular y la prestación que puede corresponder a los estados (art. 164.8) y municipios (178.6).

Ahora bien, en el ámbito municipal, conforme lo dispone el artículo 68 LOPPM, corresponde a la ley estadal respectiva determinar los servicios públicos mínimos que cada municipio debe prestar de manera obligatoria, atendiendo a su categoría demográfica y actividad predominante, así como otros elementos relevantes. En todo caso, dispone el mismo artículo, la prestación de los servicios de agua potable, de recolección de basura, de alcantarillado de aguas servidas y pluviales, de alumbrado público, de plazas y parques públicos, será obligatoria para todos los municipios.

En relación con estos servicios públicos, los mismos han sido objeto de regulaciones específicas en leyes nacionales.

En cuanto al servicio de agua potable, la Ley Orgánica para la prestación de los servicios de agua potable y de saneamiento[24], dictada con el objeto regular la prestación de dichos servicios públicos y de establecer el régimen de fiscalización, control y evaluación de tales servicios y promover su desarrollo, en beneficio general de los ciudadanos, de la salud pública, la preservación de los recursos hídricos y la protección del ambiente y en concordancia con la política sanitaria y ambiental que en esta materia dicte el poder ejecutivo nacional y con los planes de desarrollo económico y social de la Nación (art. 1), atribuyó en su artículo 11 a los municipios la prestación y el control dichos servicios, a cuyo efecto, y en particular, deben: prestar directamente o a través de terceros, de manera eficiente los servicios de agua potable y de saneamiento, de acuerdo con las políticas, estrategias y normas fijadas por el poder ejecutivo nacional; participar, de acuerdo con los lineamientos, instructivos y otros mecanismos que establezca la oficina nacional para el desarrollo de los servicios de agua potable y de saneamiento, así como la superintendencia nacional de los servicios de agua potable y de saneamiento, en el proceso de elaboración de los planes y estrategias sectoriales que son competencia del Poder Ejecutivo Nacional; someter a la consideración de las comunidades, en cabildos abiertos, los programas de inversión para el desarrollo de los servicios; solicitar al poder ejecutivo nacional la concesión para el aprovechamiento y captación del agua cruda, así como para hacer las respectivas descargas de aguas servidas; establecer las condiciones y términos específicos conforme a los cuales se prestarán los servicios, de conformidad con la ley, sus reglamentos y los criterios establecidos por la superintendencia nacional de los servicios de agua potable y de saneamiento; reglamentar la prestación de los servicios de agua potable y de saneamiento mediante la respectiva ordenanza, con base en la presente ley y en las directrices que al efecto establezca la superintendencia nacional de los servicios de agua potable y de saneamiento; seleccionar la modalidad de gestión y establecer los términos y condiciones específicos conforme a los cuales se prestará el servicio, de acuerdo con la normativa general aprobada por el poder ejecutivo nacional; seleccionar los prestadores de los servicios de agua potable y de saneamiento de acuerdo con lo establecido en esta ley y en las demás leyes que rijan la materia; aprobar la tarifa calculada por el prestador de servicios en base en el modelo tarifario elaborado por la superintendencia nacional de los servicios de agua potable y de saneamiento y a los procedimientos establecidos en la ley y su reglamento; aportar total o parcialmente los recursos financieros para la construcción de obras o instalaciones de infraes-

dad en *Gaceta Oficial* n.º 37.319 del 7 de noviembre de 2001; Ley n.º 75. Ley Orgánica para la prestación de los servicios de agua potable y de saneamiento en *Gaceta Oficial* n.º 5.568 Extra. del 31 de diciembre de 2001; Ley Orgánica del servicio eléctrico (Ley n.º 78) en *Gaceta Oficial* n.º 5.568 Extra. del 31 de diciembre de 2001.

24 Véase *Gaceta Oficial* n.º 5.568 Extra. del 31 de diciembre de 2001.

tructura hidráulica o sanitaria que estén contempladas en los planes de desarrollo del Sector de carácter local; promover y apoyar programas educativos y de inducción acerca de la necesidad del uso eficiente del agua y del pago oportuno de la tarifa que se establezca para la prestación de los servicios; promover la participación de los suscriptores, a través de las mesas técnicas de agua, en la supervisión, fiscalización y control de la prestación de los servicios objeto de la ley; promover la organización y capacitación de comunidades rurales e indígenas definiendo modalidades de gestión o cogestión, para la administración de los sistemas de agua potable y de saneamiento; imponer a los prestadores de los servicios, las sanciones que le correspondan por incumplimiento de las condiciones de prestación, de acuerdo a lo establecido en el correspondiente contrato; prever en los presupuestos las partidas necesarias con el objeto de financiar las inversiones incluidas en el respectivo plan de inversiones; contribuir al financiamiento del régimen de subsidios de acuerdo con lo establecido en el respectivo reglamento, y desarrollar una administración y contabilidad separadas, en los casos en que decidan prestar directamente los servicios, de manera que se facilite la imputación de los activos, pasivos, ingresos, costos y gastos relacionados con el servicio.

El artículo 12 de dicha Ley dispone, por otra parte, que a los fines de la prestación de los servicios de agua potable o de saneamiento, los municipios deberán establecer la correspondiente mancomunidad o asociación más conveniente con otros municipios con los cuales estén relacionados por criterios técnicos, económicos o de solidaridad regional, de conformidad con la ley y su reglamento.

En materia de servicios eléctricos, la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico[25], atribuye a los municipios competencia para promover la prestación del servicio eléctrico en el área de su jurisdicción; fiscalizar la calidad del servicio eléctrico en su jurisdicción, con base en las normas que a tal efecto dicte la Comisión Nacional de Energía Eléctrica; promover la participación de las comunidades en la fiscalización del servicio; promover la organización de usuarios del servicio eléctrico; velar por la existencia de un adecuado servicio de atención a los reclamos en materia de calidad de servicio y atención al usuario, e informar a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica cuando el mismo no sea satisfactorio; velar porque las sanciones aplicadas por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica sean acatadas; proponer a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica las medidas que considere convenientes para mejorar la prestación del servicio en su jurisdicción; coordinar los planes de expansión del servicio de las empresas eléctricas con los planes municipales de desarrollo urbano; presentar recomendaciones y observaciones a las empresas locales de servicio eléctrico, relativas a los planes de expansión y mejoramiento de la calidad del servicio (art. 42).

Por otra parte, en la Ley de armonización y coordinación de competencias de los poderes públicos nacional y municipal para la prestación de los servicios de distribución de gas con fines domésticos y de electricidad[26], dictada un mes antes que la anteriormente comentada, con la finalidad adecuar el régimen, organización, funcionamiento y condiciones para la prestación eficaz y eficiente de los servicios públicos de distribución de gas con fines domésticos y de electricidad, al régimen legal aplicable, estableció en su artículo 4 que la competencia del poder público municipal en materia de prestación del servicio de distribución de gas con fines domésticos y de electricidad, es la siguiente: promover y asegurar la prestación, el mantenimiento, el mejoramiento y la ampliación de los servicios de distribución de gas con fines domésticos y de electricidad en su ámbito territorial, en armonía con el régimen general y con la ordenación de la actividad de distribución establecida por el

25 Véase *Gaceta Oficial* n.º 5.568 Extra. del 31 de diciembre de 2001.

26 Véase *Gaceta Oficial* n.º 37.319 del 7 de noviembre de 2001.

poder público nacional; otorgar las concesiones para la prestación del servicio de distribución de gas con fines domésticos, cuando ésta comprenda exclusivamente su ámbito territorial, a cuyo efecto, el municipio debe acordar previamente con el poder público nacional las modalidades y condiciones para el otorgamiento de la concesión, sin perjuicio de la obtención del permiso por parte del Ministerio de energía y minas; otorgar las concesiones para prestación de distribución de electricidad, previo acuerdo sobre las modalidades y condiciones de las mismas con el poder público nacional, siempre que el área de servicio esté incluida totalmente dentro del ámbito territorial de un solo municipio;.colaborar con el poder público nacional en las labores de fiscalización de la calidad del servicio de distribución de gas con fines domésticos y del servicio eléctrico en su ámbito territorial, de acuerdo con la normativa que a tales efectos dicte el poder público nacional; promover la organización de los usuarios del servicio de gas con fines domésticos y del servicio eléctrico a los fines de velar por la calidad del servicio; atender reclamos en materia de calidad de servicio y atención a los usuarios del servicio de distribución de gas con fines domésticos y de electricidad, de conformidad con los lineamientos que dicte el poder público nacional; y cooperar en la construcción, instalación y expansión de los sistemas de distribución de gas con fines domésticos y de las instalaciones de distribución de electricidad mediante la simplificación de los trámites y autorizaciones correspondientes.

En la misma Ley de armonización se asignó a los municipios competencia para otorgar las concesiones para la prestación del servicio de distribución de electricidad y gas con fines doméstico, a través de la mancomunidad que se constituya, cuando el área de servicio o región de distribución comprenda el ámbito territorial de más de un municipio, previo acuerdo con el poder público nacional sobre las modalidades y condiciones de la concesión. En estos casos, la mancomunidad estará conformada por todos los municipios que se encuentren comprendidos en el área de servicio para la distribución de electricidad o en la región de distribución de gas definido por el poder público nacional. Los municipios dispondrán, para la constitución de la mancomunidad, de un plazo de ciento ochenta (180) días continuos, contados a partir de la fecha en que sean notificados por el Ministerio de Energía y Minas del establecimiento del área de servicio o región de distribución a ser otorgada en concesión (art. 4).

En cuanto al Distrito Metropolitano de Caracas, el Distrito Capital y los distintos que se formen por agrupación de Municipios, el artículo 5 de la Ley de armonización dispuso que deben ser las leyes especiales respectivas las que deben establecer las normas para la coordinación de sus competencias con las atribuidas a los Municipios sobre las servicios de distribución de gas con fines domésticos y de electricidad, sin perjuicio de las competencias del poder público nacional en estas materias.

f. *Los servicios públicos de alcantarillado y de cloacas*

De acuerdo con el artículo 56.2.f LOPPM, corresponde también a los municipios los servicios de alcantarillado, así como los de canalización y disposición de aguas servidas, que el artículo 64 LOPPM identifica como servicios de tratamiento de las aguas residuales.

Esta materia se ha regulado en la antes mencionada Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento[27], dictada con el objeto regular la prestación de dichos servicios públicos y de establecer el régimen de fiscalización, control y evaluación de tales servicios y promover su desarrollo, en beneficio general de los ciudadanos, de la salud pública, la preservación de los recursos hídricos y la protección del ambiente y en concordancia con la política sanitaria y ambiental que en esta materia dicte el

---

[27] Véase *Gaceta Oficial* Extra. n.º 5.568 del 31 de diciembre de 2001.

poder ejecutivo nacional y con los planes de desarrollo económico y social de la Nación (art. 1). Las competencias municipales en esta materia, son las que se refieren al saneamiento y tratamiento de aguas servidas, a lo que antes noes hemos referido.

g. *Los servicios públicos de aseo urbano y domiciliario (tratamiento de residuos sólidos)*

De acuerdo con el artículo 56.2.d, también corresponden a los municipios los servicios públicos de aseo urbano y domiciliario, incluidos los servicios de limpieza, recolección y tratamiento de residuos.

En este último caso, sin embargo, la competencia municipal debe ejercerse de acuerdo a lo que se ha establecido en la Ley de residuos y desechos sólidos de 2004, dictada con el objeto de establecer y aplicar un régimen jurídico a la producción y gestión responsable de los residuos y desechos sólidos, cuyo contenido normativo y utilidad práctica debe generar la reducción de los desperdicios al mínimo, y evitar situaciones de riesgo para la salud humana y calidad ambiental. La Ley constituye una ley de bases*,* que distribuye la competencia entre los tres niveles de gobierno territorial[28].

En particular, en cuanto, a las competencia del municipio la protección del ambiente y la cooperación con el saneamiento ambiental, especialmente en lo atinente al servicio de aseo urbano y domiciliario, comprendidas todas las fases de gestión de los residuos y desechos sólidos, el artículo 14 de la Ley le asigna las siguientes atribuciones: prestar directamente o a través de terceros, de manera eficiente los servicios comprendidos dentro de cada una de las etapas de gestión de los residuos y desechos sólidos, de acuerdo con las políticas, estrategias y normas fijadas por el Ejecutivo nacional; establecer las condiciones, modalidades y términos específicos conforme a los cuales se realizará el manejo integral de los residuos y desechos sólidos, con base en la presente ley y su reglamento; regular la gestión integral de los residuos y desechos sólidos mediante la respectiva normativa municipal, con base en la ley y su reglamento; seleccionar los prestadores de servicios; aprobar las tarifas, los tributos o cualquier otra contraprestación por la prestación del servicio, calculado sobre la base de sus costos reales, mediante instrumento jurídico autorizado por el órgano competente, y según las normas y procedimientos que al efecto se establezcan; incorporar la participación de la comunidad en el proceso de definición, ejecución, control y evaluación de la prestación del servicio; establecer formas asociativas entre municipios o entre éstos y otros niveles de gobierno con los cuales estén relacionados por criterios técnicos, económicos o de solidaridad regional para la prestación del servicio; aportar total o parcialmente los recursos financieros para la construcción de obras, instalación de infraestructura o adquisición de equipos, contemplados en los planes de desarrollo del sector de los residuos y desechos sólidos de carácter local; prever en los presupuestos las partidas necesarias con el objeto de financiar las inversiones incluidas en el plan local de gestión integral de los residuos y desechos sólidos, para la prestación del servicio; promover y ejecutar programas educativos y de inducción a la comunidad en el manejo integral de los residuos y desechos sólidos; elaborar el plan local de gestión integral de los residuos y desechos sólidos, en concordancia con los planes de los otros niveles de gobierno; identificar las zonas adecuadas para la ubicación de infraestructuras a ser utilizadas para la gestión y manejo integral de los residuos y desechos sólidos, de conformidad con la presente ley, su reglamento, el plan nacional de ordenación del territorio, los planes de gestión integral de residuos y desechos sólidos y demás planes vinculados con la material; y coordinar con la autoridad ambiental y sanitaria competente, la aplicación del plan local de gestión integral de los residuos y desechos sólidos.

---

[28] Véase Ley de residuos y desechos sólidos, *Gaceta Oficial* n.º 38.068 de 18 de noviembre de 2004.

h. *Los servicios públicos de salud*

De acuerdo con el artículo 56.2.e LOPPM, corresponde a los municipios la salubridad y la atención primaria de la salud. Ello implica la asignación al municipio de un aspecto específico de los servicios de protección a la salud, los que conciernen a la "atención primaria de la salud". La Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989, era más precisa al indicar in relación con la competencia en materia de atención primaria de la salud, la "de carácter preventivo, curativo o rehabilitador, sanidad de urgencia, información y educación sanitaria; planificación familiar y control epidemiológico" (art. 37.2).

En la terminología tradicional municipal, por otra parte, esto debe entenderse como parte del orden público sanitario local y, por tanto, parte de la policía local, y que abarca básicamente la protección de la salud en la vía pública.

En todo caso, la salubridad entra dentro de la obligación general de los entes públicos de velar por la protección de la salud, como competencia concurrente, prevista en los artículos 83 y 84 C. El Estado al cual se alude en dichas normas comprende las autoridades municipales, estadales y nacionales. Sin embargo, expresamente se prevé en la Constitución que corresponde al poder nacional definir la política en materia de salud (art. 157.24).

Por su parte, corresponde a los municipios competencias en materia de salubridad, lo que tiene relación directa con los servicios públicos como los de acueductos, cloacas, drenajes y tratamiento de aguas residuales, aseo urbano y domiciliario, comprendido los servicios de limpieza, de recogida y tratamiento de residuos.

En esta materia, la Ley Orgánica de Salud[29] dispone que los alcaldes son responsables en sus respectivos municipios de la gestión de los servicios de promoción de la salud, saneamiento ambiental, atención médica del nivel primario y contraloría sanitaria, de conformidad con lo dispuesto en dicha ley; quienes deben actuar de acuerdo con las políticas del Ministerio de la salud, el plan estadal de la salud y los programas de la organización pública de la salud (art. 16). Los municipios, además, pueden asumir en mancomunidad los servicios de salud para su mejor administración y deben promover la descentralización de estos servicios, según los casos, a las parroquias (art.17).

El artículo 39 de dicha Ley dispone, además, que los establecimientos municipales de atención médica primaria, y los establecimientos estadales de atención médica descentralizados para su gestión por los municipios, deben ser tutelados por los alcaldes.

i. *Los servicios públicos de educación preescolar*

De acuerdo con el artículo 56.2.e LOPPM, también corresponde a los municipios la educación preescolar.

j. *Los servicios públicos de protección social*

El artículo 56.2.e y g LOPPM, también le atribuye a los municipios competencia en materia de servicios de protección a la primera y segunda infancia, a la adolescencia y a la tercera edad; los servicios de integración familiar de las personas con discapacidad al desarrollo comunitario; y la atención social sobre la violencia contra la mujer y la familia.

También se puede considerar como una competencia en materia de protección social, la aplicación de la política referente a la materia inquilinaria, y en general, la competencia municipal en cuanto al mejoramiento de las condiciones de vida de la comunidad a que se refiere el artículo 56.2 LOPPM.

---

29 Véase *Gaceta Oficial* n.º 36.579 del 11 de noviembre de 1998.

k. *La protección y defensa civil y los bomberos*

El artículo 56.2.d LOPPM, corresponde a los municipios la protección civil y de bomberos. Por ello, el artículo 66 LOPPM atribuye a los municipios, en especial, la protección y defensa civil, la prevención y extinción de incendios, la prevención y acción inmediata en caso de accidentes naturales o de otra naturaleza, como inundaciones, terremotos, epidemias u otras enfermedades contagiosas, conforme a la ley (art. 66).

La materia, sin embargo, vinculada a las actividades de protección ciudadana es de competencia concurrente. En efecto, el artículo 55 C. garantiza el derecho de toda persona a la protección por parte del Estado, a través de los órganos de seguridad ciudadana regulados por ley, frente a situaciones que constituyen amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad física de las personas, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes". La norma asigna al "Estado" la obligación de proteger, y la expresión "Estado" comprende la totalidad de los entes que conforman su organización política como Estado federal. En consecuencia, esta obligación corresponde, concurrentemente, a la República, a los estados y a los municipios, como lo confirma expresamente el artículo 332 C., tanto por lo que se refiere a la policía como a la administración de riesgos y emergencias, al indicar que la función de los órganos de seguridad ciudadana constituye una "competencia concurrente". Esto lo confirma, además, el artículo 184 C. al reconocer como competencia de los estados y los municipios la materia de "prevención y protección vecinal".

Esto implica, también, una concurrencia de competencias en materia de administración de riesgos y emergencias: el artículo 156.9 C. atribuye al poder nacional el régimen de la administración de riesgos y emergencias, y el artículo 332 C. encarga al Ejecutivo nacional, de conformidad con la ley, organizar un cuerpo de bomberos y administración de carácter civil y una organización de protección civil y administración de desastres, como parte de los órganos de seguridad ciudadana. La misma norma considera como una competencia concurrente de los estados y municipios la función de los órganos de seguridad ciudadana, por lo que aquellos, conforme con el artículo 164,8 y 178,4, 5, y 7, de conformidad con la legislación nacional, pueden establecer los servicios respectivos.

En la Ley de los cuerpos de bomberos y administración de emergencias de carácter civil[30], como se ha dicho, se consideró la prestación del servicio de bomberos y administración de emergencias de carácter civil, es decir, los competentes para la prevención, preparación y atención de incendios y otras emergencias; así como para la realización de inspecciones técnicas y emisión de informes sobre las condiciones de seguridad en espacios públicos, comerciales o privados de uso público; como una "competencia concurrente con los estados y los municipios" en los términos establecidos en la Constitución y en dicha ley (art. 11), considerando dichos cuerpos como "órganos de seguridad ciudadana, al exclusivo servicio de los intereses del Estado" (art. 2).

F. *La protección del medio ambiente y saneamiento ambiental*

Además de los servicios anteriores que se refieren a la salubridad pública, el artículo 56.2.d y e, LOPPM, dispone que en general, corresponde al municipio, la protección del ambiente y la cooperación en el saneamiento ambiental. En relación con esta competencia, el artículo 64 LOPPM agrega que a los municipios les corresponde la protección del medio ambiente y de la salubridad pública, así como el respeto y garantía de los derechos ambientales de los vecinos. A tal efecto, además, los municipios deben ser convocados para que participen en la formulación de la política nacional o estadal en materia ambiental.

30 Véase en *Gaceta Oficial* Extra. n.º 5.561 del 28 de noviembre de de 2001.

En particular, dispone el mismo artículo 64 LOPPM, que la administración municipal además de tener a su cargo, como se señaló, la gestión de la materia de los residuos urbanos y de las aguas residuales, tienen a su cargo la intervención contra los ruidos molestos, el control de las emisiones de los vehículos que circulen por el ámbito municipal, así como el establecimiento de los corredores de circulación para el transporte de sustancias tóxicas o peligrosas. A tal efecto, el poder nacional y los estados deben facilitar a los municipios los apoyos técnicos y los recursos que se requieran para cumplir con estas funciones.

Ahora bien, la protección del medio ambiente, sin duda, es una materia de la competencia concurrente de los diversos niveles territoriales del poder público; a cuyo efecto, los artículos 127 a 129 C. regulan los derechos ambientales de las personas, entre ellos, el derecho de proteger y mantener el ambiente en beneficio de las generaciones y del mundo futuro; y el derecho a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado.

A tal efecto, se regulan las obligaciones del Estado (es decir, de los tres niveles territoriales del poder público) de proteger el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica; de garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos (art. 127) y de desarrollar una política de ordenación del territorio.

En materia de ambiente, además, el artículo 156.23 C., atribuye al poder nacional competencia exclusiva en cuanto a las políticas *nacionales* y la “legislación” en materia de ambiente y aguas, por lo que los estados y municipios tienen competencia en las políticas estadales y municipales en la materia.

Además, como se ha visto, el artículo 178.4 le atribuye en forma exclusiva a los municipios, en cuanto concierne a la vida local, competencias en materia de “protección del ambiente y cooperación con el saneamiento ambiental” y el artículo 184 C., además, confirma la competencia de estados y municipios en materia de “servicios ambientales”.

G. *La vivienda de interés social*

De acuerdo con el artículo 56.2.a LOPPM, corresponde a los municipios la vivienda de interés social. En tal sentido, la Ley del régimen prestacional de vivienda y hábitat[31], precisa la integración del sector público de vivienda con todos los órganos y entes nacionales, estadales y municipales con competencia en materia de vivienda y hábitat, considerando en el ámbito municipal, al organismo integral municipal de vivienda y hábitat; con la precisión de que a fin de evitar la duplicidad de funciones e ineficiencia en el gasto e inversión pública, sólo puede existir un organismo integral de vivienda y hábitat por unidad territorial, abarcando cada uno de éstos las distintas funciones contempladas en la ley y su reglamento.

En particular, la Ley, en su artículo 74, dispone que los alcaldes deben crear un solo organismo integral municipal de vivienda y hábitat, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Administración Pública, cuya actuación debe estar enmarcada en las competencias y atribuciones que se le asignan en la ley. A dicho organismo, el artículo 75 de la Ley le asigna las siguientes competencias: formular la política municipal de vivienda y hábitat de acuerdo con los lineamientos de política estadal y nacional de vivienda y hábitat; elaborar los planes municipales de vivienda y hábitat, con participación protagónica,

31 Véase en *Gaceta Oficial* n° 38.204 del 8 de junio de 2005.

deliberativa y vinculante a nivel parroquial, comunitario e intersectorial, y articularlos con los planes de desarrollo del municipio y con los planes estadales y nacionales de vivienda y hábitat, presentarlos ante el organismo integral estadal y remitirlos al Banco Nacional de Vivienda y Hábitat; facilitar y coordinar la elaboración de los proyectos técnicos, mediante la asistencia técnica y la participación de la comunidad, promoviendo la autoconstrucción, la cogestión y la autogestión; licitar y contratar la ejecución de los programas de vivienda y hábitat y el equipamiento urbano en el ámbito de su competencia; monitorear y evaluar el cumplimiento de los planes municipales de vivienda y hábitat, garantizar, en coordinación con los consejos locales de planificación pública, la articulación entre los planes municipales de vivienda y hábitat y los planes de ordenación del municipio de conformidad con la ley; propiciar la conformación y fortalecer las funciones de los Consejos Parroquiales, los consejos comunitarios y de las organizaciones comunitarias integrales de vivienda y hábitat, en cuanto a su participación en la formulación, e implementación de los planes de vivienda y hábitat de conformidad con lo establecido en esta ley; procesar y dar respuesta a los planteamientos de los consejos parroquiales, los consejos comunitarios y de las organizaciones comunitarias integrales de vivienda y hábitat; mantener informada a la comunidad a través de la red de información y comunicación de vivienda y hábitat y trimestralmente rendir cuenta sobre sus actividades, gestiones y logros al organismo integral estadal de vivienda y hábitat y al Ministerio con competencia en materia de vivienda y hábitat, a través de los instrumentos que establezca la ley y su reglamento; acompañar y orientar a las comunidades en el establecimiento de una relación armónica entre vivienda, hábitat y ambiente, con el objeto de fortalecer su capacidad cogestionaria y autogestionaria, crear condiciones óptimas en la relación del hombre con su entorno y estimular su participación protagónica en la consecución de una vivienda digna, en la vigilancia del desarrollo constructivo y en el proceso completo de obtención de la misma; auspiciar y fortalecer procesos de producción que consoliden el desarrollo de las comunidades en los aspectos político, social, económico, físico-espacial, ambiental y legal, que tendrán su expresión en el fortalecimiento de las organizaciones sociales, constructivas, culturales, ambientalistas, deportivas, de salud, productivas, de planificación, turísticas, de promoción, educativas y financieras; promover y difundir los programas de vivienda y hábitat del estado venezolano a nivel de la población, así como las formas de participación y control social; implementar el sistema municipal de información como parte de la red de información y comunicación de vivienda y hábitat en el área de vivienda y hábitat que incluya banco de tierras urbanizables, demanda habitacional, adjudicatarios del sistema y todas aquellas variables que, en conjunto, constituyan una base global de datos en el sector, y suministrar oportunamente los datos requeridos por el sistema estadal y nacional de información en vivienda y hábitat; fomentar programas de cooperación, coordinación, e intercambios con otros entes municipales, estadales, nacionales e internacionales a fin de lograr la eficiencia para alcanzar los fines de esta ley; sistematizar la captación de la demanda realizada por los consejos parroquiales de vivienda y hábitat y de los consejos comunitarios de vivienda y hábitat e implementar el sistema de elegibilidad de beneficiarios y adjudicación de viviendas.

H. *Las actividades de cultura y de deportes y los espectáculos públicos*

El mismo artículo 56.2.e LOPPM atribuye a los municipios competencia en materia de actividades e instalaciones culturales y deportivas; y el artículo 56.2.c LOPPM le atribuye competencia en materia de espectáculos públicos "en lo relacionado con los intereses y fines específicos del municipio".

En particular, en materia de cultura, la misma también se configura como una materia de competencia concurrente, pues el poder nacional y los estados tienen competencia en materia de cultura. En efecto, el artículo 99 de la Constitución atribuye al Estado el fomen-

tar y garantizar la cultura en sus diversas manifestaciones y velará por la protección y conservación del patrimonio cultural, es decir, de las obras, objetos y monumentos de valor histórico o artístico que se encuentren en el país. Al atribuirse esta competencia al "Estado", debe entenderse que se trata de una competencia de los tres niveles: nacional, estadal y municipal.

Conforme a ello, la cultura es una competencia local, para promover las iniciativas en materia de cultura popular y local, que deben desarrollarse por los entes locales, así como para la protección de bienes culturales.

En cuanto al deporte, la Ley del Deporte[32] dispone que los organismos nacionales, estatales, municipales y parroquiales, así como los organismos privados, deben prestar asistencia y protección a las actividades deportivas públicas y privadas, y conjuntamente con los particulares deben velar por su fomento y desarrollo en conformidad con los propósitos definitivos dicha ley (art. 11). Además, la ley considera como entes del sector público de la organización deportiva del país, a los organismos públicos a nivel nacional, estatal, municipal y parroquial a los cuales corresponde la formulación, desarrollo y ejecución de la política deportiva, en sus respectivos niveles de conformidad con lo establecido en el plan general del deporte venezolano; y a los órganos públicos que destinen y ejecuten programas especiales dirigidos a la niñez, juventud, trabajadores, indígenas, campesinos, población penitenciaria, discapacitados y tercera edad, entre otros (art. 13).

I. *La policía municipal*

En cuanto a la policía municipal, la competencia municipal la atribuye el artículo 56.2 LOPPM a los municipios, al disponer su competencia en materia de "servicios de prevención y protección, vigilancia y control de los bienes" (lit.e), y en materia de "prevención y protección vecinal y los servicios de policía municipal, conforme a la legislación nacional aplicable" (lit.g)

Por otra parte, conforme al artículo 65 LOPPM, corresponde a los municipios cumplir funciones de policía administrativa, de control de espectáculos públicos, de orden público y de circulación, conforme a lo dispuesto en la Constitución y demás leyes de la República.

Ahora bien, la policía municipal se enmarca dentro de la actividad de policía general del Estado, la cual es una materia de competencia concurrente. En efecto, en la materia el poder nacional tiene competencia exclusiva en materia de "policía nacional" (art. 156.6), correspondiendo al Ejecutivo nacional organizar, de conformidad con la ley, un cuerpo uniformado de policía nacional (art. 332). El poder estadal tiene competencia exclusiva para "la organización de la policía y la determinación de las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal, de conformidad con la ley" (art. 164.6) y el poder municipal tiene competencia exclusiva, "en cuanto concierne a la vida local", en materia de "prevención y protección vecinal y servicios de policía municipal, conforme a la legislación nacional aplicable" (art. 178.7). Además, se atribuye a los municipios competencia exclusiva, también en cuanto concierne a la vida local, en materia de servicios de "protección civil" (art. 178.4) y de "servicios prevención y protección, vigilancia y control de los bienes y las actividades relativas a las materias de la competencia municipal" (art. 178.5).

De estas normas surge una distinción que es básica en materia administrativa, entre la policía como cuerpo (fuerza), y la policía como actividad reguladora y ejecutora. No toda actividad de policía implica una fuerza de policía, de manera que la policía es una de las típicas actividades administrativas, distinta a los cuerpos policiales. Estos, es decir, las

---

32 Véase en *Gaceta Oficial* Extra. n.º 4.975 del 25 de septiembre de 1995.

fuerzas de policía deben ser determinadas en ley nacional, aún no dictada. En cambio, la actividad de policía, como actividad administrativa, da origen a una serie de competencias distribuidas entre una policía nacional, regulada en una multitud de leyes especiales; una policía estadal en materia rural regulada en las leyes estadales, y una policía municipal regulada insuficientemente en las ordenanzas municipales. La muestra de esta actividad reguladora, por ejemplo, está en los Códigos Orgánicos de Policía de los estados dictados hace varias décadas, los cuales eran unos verdaderos monumentos jurídicos.

En cuanto a las fuerzas o cuerpos de policía estadales y municipales, la regulación estadal es deficiente, e incluso, puede decirse que materialmente no existen cuerpos de policías municipales, salvo en los grandes municipios urbanos. Las policías, en general, son estadales en todos los estados. Sin embargo, el artículo 57.2.g LOPPM atribuye al municipio competencia en materia de "servicios de policía municipal, conforme a la legislación nacional aplicable"**,** lo que puede exigir la organización de cuerpos de policía municipales. La Ley Orgánica, por otra parte, en materias conexas con la policía, atribuye a los municipios competencia en materia de "espectáculos públicos y publicidad comercial, en lo relacionado con los intereses y fines específicos del municipio" (art. 56.2.c); y de "la protección civil y de bomberos" (art. 56.2.d).

Ahora bien, en la materia se ha dictado la Ley de Coordinación de Seguridad Ciudadana[33], con el objeto regular la coordinación entre los órganos de seguridad ciudadana, sus competencias concurrentes, cooperación recíproca y el establecimiento de parámetros en ámbito de su ejercicio; considerándose como órganos de seguridad ciudadana, a la policía nacional; las policías de cada estado; las policías de cada municipio, y los servicios mancomunados de policías prestados a través de las policías metropolitanas; el cuerpo de investigaciones científicas, penales y criminalísticas; el cuerpo de bomberos y administración de emergencias de carácter civil, y la organización de protección civil y administración de desastre (art. 2).

En todo caso, en la actualidad, en cuanto a las fuerzas de policía, la materia está mal regulada. No hay ley nacional ni se ha establecido la policía nacional. En cambio muchas leyes han establecido competencias nacionales en materia de policía, que dan origen a cuerpos de policía: en materia de circulación, por ejemplo, el cuerpo de vigilantes de tránsito; en materia forestal, la guardería forestal o ambiental asumida por la Guardia Nacional, y en general, las incompletas regulaciones concernientes a esta última, como Fuerzas Armadas de Cooperación, con funciones de policía de fronteras, de policía industrial, de policía vial, de policía fiscal, etc. Por otra parte, en cuanto al cuerpo de funcionarios de la Dirección General de los Servicios de Inteligencia y Prevención del Ministerio del Interior y de Justicia, no encuentra una regulación legal, salvo indirectamente en la Ley de Policía Judicial[34], en materia de las actuaciones que realicen como auxiliares de la Justicia, como agentes de la policía judicial. En cuanto al Cuerpo de Policía Científica (policía judicial), como cuerpo nacional, su regulación completa se ha realizado en la Ley de Policía Judicial, donde se regulan sus atribuciones.

J. *El turismo local*

El artículo 56.2.a LOPPM atribuye al municipio competencia en materia de turismo local, y conforme se establece en el artículo 62 LOPPM, los municipios con vocación turística, deben dictar los planes locales de turismo para promover y desarrollar esa actividad,

---

33 Véase *Gaceta Oficial* n.º 37.318 del 6 de noviembre de 2001.

34 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 30.739 del 10 de julio de 1975.

en los cuales se debe promover, conjuntamente con los sectores público y privado, el desarrollo turístico de aquellos sitios de interés histórico, de bellezas naturales, recreativos y de producción de artesanía, así como cualquiera otra manifestación de interés turístico.

En todo caso, los municipios deben coordinar sus actividades turísticas con las que desarrollen el poder nacional o el estado respectivo, en el ámbito municipal, pues sin duda, se trata de una materia de competencia concurrente, ya que el turismo no sólo se declara en el artículo 310 C. como *"*una actividad económica de interés nacional, prioritaria para el país en su estrategia de diversificación y desarrollo sustentable", estando el Estado en todos sus niveles, obligado a velar por la creación y fortalecimiento del sector turístico nacional, sino que la Constitución atribuye al poder nacional competencia respecto de las políticas nacionales y la legislación en material turismo (art. 156.23).

En esta materia, la Ley Orgánica de Turismo[35], precisa que los municipios, en ejercicio de su autonomía deben fomentar e integrar la actividad turística en sus planes de desarrollo local (art. 28), prescribiendo que deben incluir dentro de sus actividades, en lo que compete a su ámbito territorial y dentro de un marco de cooperación y coordinación con el poder público nacional y estadal, las siguientes actividades: formular los proyectos turísticos.

En su circunscripción, en coordinación con la Corporación de Turismo estadal y en concordancia con los lineamientos y políticas dictadas por el Ministerio de Turismo en el plan nacional estratégico de turismo; desarrollar en forma armónica los planes de ordenación del territorio, en el ámbito de sus competencias, conforme con el espacio turístico existente y con el plan nacional estratégico de turismo; elaborar y mantener actualizadas las estadísticas de la oferta y la demanda turística en su territorio, con la cooperación del sector privado, en concordancia con los lineamientos dictados por el Ministerio de Turismo en el plan nacional estratégico de turismo; elaborar, actualizar, publicar y difundir el inventario de atractivos turísticos, prestadores de servicios turísticos y el catálogo turístico municipal; garantizar la seguridad personal y la de los bienes de los turistas, en coordinación con los órganos de seguridad ciudadana; incentivar y promover, en coordinación con los entes públicos o privados, las actividades dirigidas al desarrollo del turismo y la recreación de las comunidades; mantener actualizado y en buen estado el sistema de señalización local con énfasis en los sitios de interés turístico, histórico, cultural o natural; y propiciar la creación de fondos municipales de financiamiento de proyectos y desarrollos turísticos (art. 29).

K. *La publicidad comercial*

El artículo 56.2.c LOPPM, atribuye a los municipios competencia en materia de la publicidad comercial pero "en lo relacionado con los intereses y fines específicos del municipio".

L. *La justicia de paz*

Por último, el artículo 56.2.g LOPPM, atribuye a los municipios competencia en materia de justicia de paz.

Esta materia, regulada en la Ley Orgánica de la Justicia de Paz, implica que corresponde a los municipios, tal como la ha precisado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencias 3098 del 14 de diciembre de 2004 (caso Interpretación de los artículos 10, 11, 26 y 52 de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz) y 302 del 16 de marzo de 2005 (caso Impugnación de la ordenanza Electoral de Justicia de Paz del Municipio Autónomo

---

35 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 38.215 de 23 de junio de 2005.

Baruta del Estado Miranda), como competencia exclusiva, la administración, prestación y gestión del servicio de justicia de paz, pero no así del procedimiento de elección de sus jueces, que corresponde exclusivamente a los órganos del Poder Electoral. En cuanto a la competencia municipal, la misma se ejerce bien:

> [A] través de la ejecución y administración que corresponda al alcalde (artículos 174 y 175 C.), bien a través de la regulación legislativa que corresponda a los Concejos Municipales; siempre, por supuesto, con plena adecuación a la legislación nacional, en este caso, la Ley Orgánica de la Justicia de Paz. Asimismo, la organización y ejecución de los procedimientos electorales de jueces de paz (por parte de los órganos del Poder Electoral) ha de adecuarse a las normas especiales que, en este materia, establece la Ley Orgánica de la Justicia de Paz (artículos 12 y siguientes), como lo son, entre otras, las condiciones de postulación y de elegibilidad de los candidatos, la periodicidad de tal elección, las divisiones en circunscripciones electorales que tal ley ordena y las normas relativas a las campañas electorales. Así se decide"[36].

Con fundamento en lo anterior, la Sala Constitucional anuló los artículos 10 y 11 de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz, y reiteró que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 293.5 C., compete de forma exclusiva a los órganos del poder electoral, la organización, administración, dirección y vigilancia de los procesos para la elección de los jueces de paz, para lo cual debe dictar la normativa imprescindible que regule estos procesos comiciales en ejercicio de tales atribuciones y en atención a las disposiciones que, sobre esta materia, se encuentran contenidas en la Ley Orgánica de la Justicia de Paz y demás leyes electorales que sean aplicables. De modo, pues, que si bien el Texto Fundamental establece en su artículo 178.7, que es de la competencia de los municipios, en sus ramas ejecutiva y legislativa, la justicia de paz conforme a la legislación nacional aplicable:

> [D]ebe entenderse, en consonancia con el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz, que esta última únicamente alcanza la organización y funcionamiento del servicio de justicia de paz, mas no a los actos concernientes a los procesos de elección de sus jueces, dado que, la posible participación de los Municipios en tales procesos sólo puede efectuarse cuando así lo requieran los órganos del Poder Electoral, en virtud del principio de colaboración de poderes que acogió el artículo 136 de la Constitución, y del apoyo obligatorio que establece el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Electoral.[37]

3. *Las competencias concurrentes: los aspectos que no sean propios de la vida local*

En cuanto a las competencias concurrentes, el artículo 57 LOPPM se limita a señalar que "son aquellas que el municipio comparte con el poder nacional o estadal", las cuales son todas las que se enumeran en el artículo 56 LOPPM en sus aspectos no concernientes a la vida local, y que los municipios deben ejercer conforme a la Constitución, las leyes de base y las leyes de desarrollo. Esta legislación debe estar orientada por los principios de la interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiaridad, previsto en el artículo 165 C. Dispone el artículo 57 LOPPM, sin embargo, que la falta de la legislación nacional (leyes de base) no impide al municipio el ejercicio de estas competencias[38].

---

36 Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 101, Caracas, Edit. Jurídica venezolana, 2005, pp. 151 y ss.

37 Idem.

38 Sobre las leyes de base véase los comentarios en sentencia de la Sala Constitucional n.º 843 de 11 de mayo de 2004 (Caso: Impugnación de la Ley de Descentralización y Transferencia de Recursos a los municipios del Estado Guárico), *Revista de Derecho Público*, n.º 97 a 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 267 y ss.

Un ejemplo de estas materias de sería la relativa a la pesquería, conforme a lo que se regula en la Ley de Pesca y Acuacultura[39], en la cual se establece como una competencias concurrente de los órganos del poder público nacional, estadal y municipal, el dictar medidas dirigidas a promover la pesca y la acuacultura, de acuerdo a las políticas establecidas por el Ministerio de adscripción; organizar, desarrollar y consolidar, los asentamientos y las comunidades de pescadores artesanales; establecer incentivos financieros, comerciales, de capacitación, de infraestructura y de transferencia tecnológica; procurar el acceso directo y abastecimiento nacional de productos y subproductos pesqueros y de acuacultura y las relativas a la vigilancia de las actividades de pesca, acuacultura y las que le fueren conexas (art. 6).

A tal efecto y conforme al artículo 8 de dicha ley, los municipios pueden dictar ordenanzas de desarrollo según corresponda, atendiendo a las políticas y planes de desarrollo nacional que regulen las actividades de pesca, acuacultura y las que le fueren conexas; los resultados de las investigaciones realizadas por instituciones públicas o privadas de reconocida trayectoria en el sector de pesca y acuacultura; la disponibilidad de los recursos hidrobiológicos; el menor impacto social y económico negativo en las comunidades de pescadores artesanales que puedan resultar afectadas, y la participación efectiva de los diferentes representantes de las comunidades, que tengan injerencia en las actividades de pesca, acuacultura y las que le fueren conexas en los diversos niveles del poder público.

4. *Las competencias descentralizadas*

La Ley Orgánica del Poder Público Municipal dispone en su artículo 58, que de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 158 C., el poder nacional o los estados mediante ley pueden transferir al municipio determinadas materias de sus competencias y la administración de sus respectivos recursos.

En la respectiva ley nacional o estadal de descentralización se debe determinar el alcance, contenido y condiciones de la transferencia, así como el control que puede ejercer el poder nacional o los estados, según el caso, sobre los recursos de personal, materiales y económicos que se transfieran.

Los municipios también pueden solicitar al poder nacional o al estado respectivo la transferencia de determinadas competencias.

Ahora bien, en lo que respecta a la descentralización de servicios y competencias de los estados a los municipios, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia 843 de 11 de mayo de 2004, se ha referido extensamente a dicha descentralización, estableciendo las condiciones para que la misma pueda efectuarse, así:

Al respecto, se observa que junto a la cláusula general prevista en el artículo 157 constitucional que establece la competencia de la Asamblea Nacional para atribuir, por el voto favorable de la mayoría de sus integrantes, a los municipios o a los estados determinadas materias de la competencia del poder nacional, a fin de promover la descentralización, y a la norma contenida en el artículo 158 del mismo Texto Constitucional que consagra a la descentralización como una política nacional dirigida a profundizar la democracia, acercar el poder a la población y crear mejores condiciones tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estadales, el artículo 165 constitucional, en su único aparte, establece que los estados descentralizarán y transferirán a los municipios los servicios y competencias que gestionen y que éstos estén en capacidad de prestar, así como la administración de los respectivos recursos, dentro de las áreas de com-

39 Véase en *Gaceta Oficial* n.º 37.323 del 13 de noviembre de 2001.

petencias concurrentes entre ambos niveles político territoriales, y que dichos mecanismos de transferencia estarán regulados por el ordenamiento jurídico estadal, esto es, por las leyes y demás actos normativos que dicten los órganos legislativos y ejecutivos estadales.

De acuerdo con lo expuesto en la referida norma constitucional (artículo 165), y a diferencia de lo que ocurría durante la vigencia de la Constitución de la República de Venezuela de 1961 que únicamente contemplaba (como también lo hacía la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del poder público) la transferencia de competencias de la República a los estados o a los municipios, en la actualidad es posible que los consejos legislativos estadales dicten leyes de transferencia de competencias de los estados a los municipios, con el objeto de profundizar los objetivos que el artículo 158 de la Norma Fundamental encomienda a la política de descentralización, pero sujeto a las condiciones y dentro de los límites que impone el mismo precepto constitucional.

> En efecto, para que los órganos legislativos de las entidades federales ejerzan conforme a la Constitución dicha competencia, es menester que se cumplan dos (2) condiciones indispensables, en tanto determinantes de la validez del acto de transferencia de competencias que pretenda realizarse: (i) que se haya dictado una ley nacional de delimitación de las competencias concurrentes entre los estados y los municipios, pues sólo dichas materias son susceptibles de ser descentralizadas mediante ley estadal de las entidades federales a las municipales, (ii) que la descentralización efectuada esté circunscrita a la prestación de servicios, sin que pueda extenderse a otro tipo de competencias, como son las vinculadas a la construcción de obras públicas, por ejemplo, y (iii) que los municipios a los cuales se transfiera la competencia para prestar determinado servicio, estén en capacidad de asumir tal obligación, más allá de la correspondiente transferencia de los recursos necesarios para cumplir con la misma [...]
>
> […] Considera esta Sala que el único aparte de la norma citada (art 165 C.) debe interpretarse en coherencia con lo dispuesto por el encabezado de la misma y en armonía con la materia regulada por el Capítulo en el cual está inserta (Del poder público estadal), pues sólo así resulta comprensible por qué las competencias concurrentes entre los estados y los municipios deben estar previamente delimitadas en una ley de base nacional, y ello es así por que sólo el órgano legislativo nacional tiene competencia para dictar leyes de base reguladoras (según los principios de interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad) de las competencias concurrentes, no sólo de la República con los estados y los municipios, sino también de las de estos últimos entre sí, siendo la existencia de un texto legal nacional que delimite las competencias concurrentes entre las entidades federales y municipales requisito indispensable para que pueda operar la descentralización (de los estados a los municipios) prevista en el único aparte de la misma disposición constitucional, tal y como fue necesario bajo la vigencia de la Constitución de 1961 que se dictara la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del poder público de 1989 para que tuviera lugar la descentralización de la República a los estados.

Por otro lado, además de la existencia de la legislación nacional que exige la Constitución de 1999 para que se produzca la transferencia de competencias, la lectura del único aparte del artículo 165 constitucional permite sostener que dicho proceso de transferencia de competencias de los estados a los municipios no es ilimitado sino que está circunscrito a una materia específica, ya que sólo puede tener lugar en aquella referida a competencias concurrentes entre ambos niveles político territoriales que supongan la prestación de servicios, dado que dicho aparte único emplea como sinónimos los términos "servicios" y "competencias", según se infiere del uso por la misma disposición de los términos "gestio-

nen" y "prestar", los cuales aluden en forma inequívoca a la gestión y prestación de servicios, y a ninguna otra actividad del ente político territorial federal que transfiere la obligación al ente político territorial municipal; asimismo, la norma es lo suficientemente clara para indicar al intérprete que es condición para la validez y no para la eficacia de la transferencia del servicio o competencia, el que el respectivo municipio esté en condiciones efectivas de asumir dicha obligación y garantizar la satisfacción del interés general y los derechos colectivos que dependan de dicha actividad, lo cual comporta la realización de estudios técnicos dirigidos a establecer en forma previa con qué recursos se contará, además de los que serán transferidos con el servicio, para la efectiva prestación universal, continua, ininterrumpida y eficaz del mismo, así como la celebración de los respectivos convenios de transferencia de servicios entre el ente transferente y el ente transferido[40].

5. *Las competencias delegadas*

Tanto el poder nacional como los estados también pueden delegar en los municipios, previa aceptación de éstos, el ejercicio de determinadas actividades nacionales o estadales con el fin de mejorar la eficiencia de la gestión pública o de la prestación de un servicio público; competencias delegadas que deben ejercer los municipios conforme a las prescripciones contenidas en el respectivo acto nacional o estadal de delegación.

Conforme se regula en el artículo 59 LOPPM, en estos casos de delegación, la misma sólo debe comenzar a ejecutarse cuando se hayan transferido al municipio los recursos que se requieran para dar cumplimiento a la delegación.

En estos casos, los municipios también pueden solicitar al poder nacional o al del estado respectivo, la delegación de determinadas actividades.

6. *Los instrumentos jurídicos para el ejercicio de las competencias municipales*

Tal como lo precisa el artículo 54 LOPPM, los municipios deben ejercer sus competencias mediante los siguientes instrumentos jurídicos:

1. Ordenanzas: son los actos que sanciona el concejo municipal para establecer normas con carácter de ley municipal, de aplicación general sobre asuntos específicos de interés local. Las ordenanzas recibirán por lo menos dos discusiones y en días diferentes, deberán ser promulgadas por el alcalde y ser Publicadas en la *Gaceta Municipal* o *Distrital,* según el caso, y prever, de conformidad con la ley o si lo ameritare la naturaleza de su objeto, la *vacatio legis* a partir de su publicación. Durante el proceso de discusión y aprobación de las ordenanzas, el concejo municipal consultará al alcalde, a los otros órganos del municipio, a los ciudadanos y ciudadanas, a la sociedad organizada de su jurisdicción, y atenderá las opiniones por ellos emitidas.

2. Acuerdos: son los actos que dicten los concejos municipales sobre asuntos de efecto particular. Estos acuerdos serán publicados en la *Gaceta Municipal* cuando afecten la Hacienda Pública municipal.

3. Reglamentos: Son los actos del concejo municipal para establecer su propio régimen, así como el de sus órganos, servicios y dependencias. Estos reglamentos serán sancionados mediante dos discusiones y publicados en *Gaceta Municipal*.

---

[40] (Caso Impugnación de la Ley de Descentralización y Transferencia de Recursos a los municipios del Estado Guárico), *Revista de Derecho Público*, n.º 97 a 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 267 y ss.

4. Decretos: son los actos administrativos de efecto general, dictados por el alcalde y deberán ser publicados en la *Gaceta Municipal* o *Distrital*. El alcalde reglamentará las ordenanzas mediante decreto, sin alterar su espíritu, propósito o razón y, en todo caso, deberán ser publicados en la *Gaceta Municipal* o *Distrital*.

5. Resoluciones: son actos administrativos de efecto particular, dictados por el alcalde, el contralor municipal y demás funcionarios competentes.

6. Otros instrumentos jurídicos de uso corriente en la práctica administrativa, ajustados a las previsiones que las leyes señalen.

En todo caso, las ordenanzas, acuerdos, reglamentos, decretos, resoluciones y demás instrumentos jurídicos municipales son de obligatorio cumplimiento por parte de los particulares y de las autoridades nacionales, estadales y locales.

7. *Los modos de gestión*

A. *La libertad de modos de gestión y la descentralización funcional*

Los municipios tienen la potestad para elegir el modo de gestión que consideren más conveniente para el gobierno y administración de sus competencias, por lo que el artículo 69 LOPPM establece que pueden gestionarlas por sí mismos o por medio de organismos que dependan jerárquicamente de ellos.

También pueden hacerlo mediante formas de descentralización funcional o de servicios o mediante la creación de empresas públicas municipales de economía exclusiva o de economía mixta. También pueden contratar con los particulares la gestión de servicios y obras públicas.

En cuanto a la creación de institutos autónomos, conforme al artículo 72 LOPPM, sólo puede realizarse mediante ordenanza, correspondiendo la iniciativa exclusivamente al alcalde, debidamente motivada. En cuanto la creación de sociedades, fundaciones o asociaciones civiles municipales también corresponde la iniciativa al alcalde mediante decreto con la autorización del concejo municipal. En todo caso, en el procedimiento de creación, debe obtenerse la opinión previa del síndico procurador y del contralor municipal.

B. *El estímulo de las empresas de economía social*

Sin embargo, como lo dispone el artículo 70 LOPPM, los municipios están en la obligación de estimular la creación de empresas de economía social, tales como cooperativas, cajas de ahorro, mutuales y otras formas asociativas. Asimismo, deben promover la constitución de empresas autogestionarias y cogestionarias, para facilitar la participación de los trabajadores y de las comunidades y garantizar la participación ciudadana en la gestión municipal.

C. La política de desconcentración y descentralización

Los municipios deben promover la desconcentración del gobierno y administración, así como la descentralización para la prestación de los servicios; debiendo establecerse en los procesos de desconcentración, efectivas de participación ciudadana (art. 71 LOPPM).

D. *Las concesiones de servicios públicos municipales*

Conforme lo dispone el artículo 73 LOPPM, la prestación de los servicios públicos municipales puede ser objeto de concesión, pero ello sólo mediante licitación pública a particulares y bajo las siguientes condiciones mínimas que deben ser establecidas en el contrato de concesión:

1. Plazo de la concesión, no podrá excederse de 20 años.

2. Precio que pagará el concesionario por los derechos que le otorga la concesión y participación del municipio en las utilidades o ingresos brutos por la explotación de la concesión. En el respectivo contrato de concesión se establecerán los mecanismos de revisión periódica de estas ventajas otorgadas al municipio.

3. Garantía de fiel cumplimiento constituida por el concesionario a favor del municipio y aceptada por éste, la cual se actualizará periódicamente durante el término de la concesión.

4. Derecho del municipio a revisar periódicamente los términos del contrato para su adopción y posibles mejoras tecnológicas.

5. Derecho del municipio a la intervención temporal del servicio y a asumir su prestación por cuenta del concesionario, en las situaciones que previamente se establezcan.

6. Derecho de revocatoria por parte del municipio sin menoscabo de la indemnización por el monto de las inversiones no amortizadas, en ningún caso la revocatoria dará lugar a indemnización por lucro cesante.

7. Traspaso gratuito al municipio, libre de gravámenes, de los bienes, derechos y acciones objeto de la concesión, al extinguirse ésta por cualquier título.

En el caso de las concesiones de uso para el servicio público de transporte colectivo urbano las mismas se deben regir por las disposiciones aprobadas por el respectivo concejo municipal, a solicitud del alcalde y las mismas deben tener una duración no mayor de 5 años (art. 74).

II. EL RÉGIMEN DE ORGANIZACIÓN DE LOS MUNICIPIOS Y DEMÁS ENTIDADES LOCALES

1. *Los diferentes regímenes municipales y las entidades locales*

Ahora bien, una de las críticas más importantes que tradicionalmente se han formulado al régimen municipal, es el excesivo uniformismo en la organización municipal, que hizo prácticamente inaplicable en muchos de los municipios, a la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989[41]. Por ello, el artículo 169 C. de 1999 establece que la legislación que debe dictarse para desarrollar los principios constitucionales relativos a los municipios y demás entidades locales, debía obligatoriamente establecer diferentes regímenes para su organización, gobierno y administración, incluso en lo que respecta a la determinación de sus competencias y recursos, atendiendo a las condiciones de población, desarrollo económico, capacidad para generar ingresos fiscales propios, situación geográfica, elementos históricos y culturales y otros factores relevantes. En particular, dicha legislación debe establecer las opciones para la organización del régimen de gobierno y administración local que debe corresponder a los municipios con población indígena.

Sin embargo, este mandato para la variedad de regímenes municipales está seriamente limitado y contradicho en el propio texto constitucional, al haberse "constitucionalizado" en forma rígida la separación orgánica de poderes municipales, entre los alcaldes y los concejos municipales, los cuales antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999,

41 Véase nuestra propuesta en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea nacional Constituyente),* t., I, Caracas, Fundación de Derecho Público, 1999, p. 165.

sólo estaban regulados en la ley. Esto podía al menos permitir (aún cuando nunca se hizo) que en los pequeños municipios no se establecieran órganos excesivamente burocratizados. Sin embargo, con la rigidez constitucional de 1999, la creación de un pequeño municipio en alguna comunidad aislada del país necesariamente tiene que tener la compleja organización mencionada, la cual en muchos casos no se justifica.

Dada la rigidez constitucional, la Ley Orgánica en esta materia, nada reguló y se limitó a reproducir declaraciones principistas. En primer lugar, en el Artículo 6.º, indica que los procesos de formación de las leyes estadales relativos al régimen y la organización de los municipios, y demás entidades locales, deben atender "a las condiciones peculiares de población, desarrollo económico, capacidad fiscal, situación geográfica, historia, cultura, étnica y otros factores relevantes". A tal efecto, dispone la misma norma, los consejos legislativos o sus comisiones, deben oír la opinión de los alcaldes, de los concejos municipales, de las juntas parroquiales y de los ciudadanos, y de sus organizaciones, en la correspondiente jurisdicción. Para tales fines, deben aplicar los mecanismos apropiados de consulta de acuerdo con la ley. En todo caso, corresponde a los consejos legislativos reglamentar la participación de los alcaldes.

Por otra parte, en segundo lugar, la exigencia de diversificación de regímenes municipales, se transfirió hacia los niveles territoriales inferiores a cuyo efecto el artículo 47 LOPPM dispuso que es la legislación municipal que desarrollen los consejos legislativos y los concejos municipales, la que debe establecer "diferentes regímenes para la organización, gobierno y administración de los municipios, incluso en lo que respecta a la determinación de sus competencias y recursos, atendiendo a las condiciones de población, desarrollo económico, capacidad para generar ingresos fiscales propios, situación geográfica, elementos históricos y culturales y otros factores relevantes; así como las opciones para la organización del régimen de gobierno y administración democrática que corresponda a los municipios indígenas y a los municipios con población indígena, de acuerdo a la naturaleza del gobierno local y las características de la entidad federal respectiva".

Estos regímenes de organización, gobierno y administración, conforme lo exige el artículo 48 LOPPM, deben estar en correspondencia con los planes de desarrollo elaborados por los consejos de planificación a nivel municipal y estadal, orientados a atender con eficiencia los requerimientos para el desarrollo de la vocación económica respectiva.

En tercer lugar, en cuanto a los municipios indígenas, la Ley Orgánica estableció que una definición de municipio indígena, como "la organización del régimen de gobierno y administración local, mediante la cual los pueblos y comunidades indígenas definen, ejecutan, controlan y evalúan la gestión pública de acuerdo a los planes previstos en su jurisdicción territorial, tomando en cuenta la organización social, política y económica, cultural, usos y costumbres, idiomas y religiones, a fin de establecer una administración municipal que garantice la participación protagónica en el marco de su desarrollo socio cultural". Esta organización municipal de los municipios indígenas, en todo caso, debe ser democrática y debe responder a la naturaleza propia del gobierno local (art. 50).

Ahora bien, de acuerdo con la Constitución, el poder público municipal no sólo lo ejercen "los municipios" como unidad política primaria de la organización nacional (art. 168), sino también "*las demás entidades locales"* a las que alude el artículo 169 C.

Es decir, el poder público municipal se ejerce por los municipios y por las demás entidades locales y la organización de los mismos se rige por la "Constitución, por las normas que, para desarrollar los principios constitucionales, establezcan las leyes orgánicas nacionales y por las disposiciones legales que en conformidad con aquellas dicten los estados" (art. 169).

Por tanto, además de los municipios, la Constitución y las leyes orgánicas nacionales pueden establecer otras entidades locales cuya organización debe ser siempre democrática y responder a la naturaleza propia del gobierno local. Así, la Constitución regula expresamente a los distritos metropolitanos (arts. 171 y 172) y a las Parroquias (art. 173); y la Ley Orgánica dispone en su artículo 19 que además de los municipios, son entidades locales territoriales, los distritos metropolitanos, las parroquias "y demás demarcaciones dentro del territorio del municipio, tales como *la urbanización, el barrio, la aldea y el caserío*".

Sin embargo, en cuanto a los supuestos y condiciones establecidos en la Ley para la creación de estas últimas demarcaciones dentro del territorio del municipio, así como los recursos de que deben disponer, concatenadas a las funciones que se les deban asignar, incluso su participación en los ingresos propios del municipio, deben ser considerados en la ley estadal que la desarrolle.

2. *Las mancomunidades*

Las mancomunidades, de acuerdo con lo establecido en el artículo 170, son el producto del derecho de asociación entre municipios. Por ello, el artículo 40 LOPPM define a las mancomunidades como figuras asociativas constituida en forma voluntaria por dos o más municipios para la gestión de materias específicas de su competencia; por lo que proceden "cuando se asocien dos o más municipios, colindantes o no, de la misma o de diversas entidades federales" (art. 41). Como figuras producto de un convenio de asociación, por supuesto, las mancomunidades tienen personalidad jurídica propia y no pueden comprometer a los municipios que la integran, más allá de los límites establecidos en el estatuto respectivo (art. 44).

Las mancomunidades, en todo caso, sólo pueden asumir una o varias materias o funciones dentro de la competencia de los municipios mancomunados, pero no pueden asumir la totalidad de ellas; es decir, no pueden sustituir a los municipios (art. 41).

Para la creación de una mancomunidad se requiere la aprobación mediante Acuerdo celebrado entre los municipios que concurren a su formación, el cual contendrá el estatuto que la debe regir. En todo caso, para la creación de una mancomunidad ello debe estar contemplado en el plan de desarrollo de los municipios comprometidos, o ser considerada favorablemente en los consejos locales de planificación pública de esos municipios, con informes económicos que sustenten su creación (art. 42).

Conforme se dispone en le artículo 43 LOPPM, los estatutos de la mancomunidad deben establecer de manera precisa:

1. El nombre, objeto y domicilio de la mancomunidad y los municipios que la constituirán.
2. Los fines y objetivos para los cuales se crea.
3. El tiempo de su vigencia.
4. Los aportes a los cuales se obligan las entidades que la constituyen.
5. La composición del organismo directivo de la mancomunidad, forma de su designación, facultades y responsabilidades.
6. Procedimiento para la reforma o disolución de la mancomunidad y la manera de resolver las divergencias que pudieren surgir en relación con su gestión, sus bienes, ingresos u obligaciones.
7. La disolución de la mancomunidad antes de la expiración del tiempo de su vigencia o la denuncia del acuerdo mancomunitario por alguna de las entidades que lo

conforman, deberá llenar las mismas exigencias establecidas en el artículo anterior para la creación de la mancomunidad, y sólo tendrán efecto una vez transcurrido un año de la correspondiente manifestación de voluntad.

8. Definición de las funciones que serán objeto de la mancomunidad.

9. Determinación de las funciones de control externo y de los dispositivos orgánicos para hacerla efectiva.

10. Mecanismos de participación de la ciudadanía, con mención de la rendición de cuentas a la población de los municipios mancomunados.

11. Los mecanismos que garanticen el cumplimiento de los aportes a los cuales se obligan las entidades que la constituyen, incluida la posibilidad de autorizar derivaciones de transferencias nacionales o estadales, en caso de incumplimiento.

El poder nacional o el poder estadal pueden crear fondos especiales a favor de las mancomunidades de vocación única o de vocación múltiple que se creen, a los fines de la descentralización de competencias y actividades de un nivel a otro, de conformidad con la legislación rectora en cada sector (art. 41).

3. *Las asociaciones intergubernamentales*

Además, la Constitución admite que los municipios pueden acordar entre sí o con los demás entes públicos territoriales, la creación de modalidades asociativas intergubernamentales para fines de interés público relativos a materias de su competencia (art. 170).

Se le dio rango constitucional, así, a las corporaciones de derecho público que se establecieron en los Reglamentos de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del poder público en 1993[42]. Por ello, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal insiste en establecer que los municipios también pueden acordar con los demás entes públicos territoriales, la creación de otras figuras asociativas intergubernamentales a los fines de interés público relativos a materias de su competencia (art. 46).

Además, los municipios pueden acordar entre sí la creación de empresas, fundaciones, asociaciones civiles y otras figuras descentralizadas para el cumplimiento de acciones de interés local o intermunicipal. (art. 45).

4. *Los distritos municipales*

A. *El régimen constitucional*

El artículo 170 C. además, remite a la ley para la determinación de las normas concernientes a la *agrupación de dos o más municipios en distritos*. Esa fue la intención de la norma, y así fue que quedó redactada en la publicación inicial de la Constitución del 30 de diciembre de 1999, a pesar de que, en la reimpresión del texto constitucional de marzo de 2000, después de la palabra "distritos" se le haya agregado la palabra "metropolitanos", lo cual no fue ni sancionado por la Asamblea nacional Constituyente ni aprobado en el referendo del 15 de diciembre de 1999.

---

[42] Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Informe sobre la descentralización en Venezuela 1993, Memoria del Ministro de Estado para la Descentralización,* Caracas, 1994, pp. 306 y 309.

Por lo demás, la previsión de los distritos municipales fue el sentido que se le dio a la Ley Orgánica de Régimen Municipal de septiembre de 1988, que debió haber entrado en vigencia el 15 de junio de 1989, en la cual se estableció expresamente esa figura como una entidad local. En efecto, en aquella Ley se estableció lo siguiente:

Artículo 24: Los distritos municipales son entidades locales de carácter público y con personalidad jurídica, formadas por la agrupación de dos o más municipios.

Los distritos Municipales se denominan distritos metropolitanos cuando la agrupación de municipios se realice debido a la conurbación de sus centros poblados capitales y se hayan desarrollado en forma tal que lleguen a constituir una unidad urbana, social y económica con más de 250.000 habitantes.

Se estableció, así, la figura de los distritos como agrupación de municipios, que podían ser urbanos o rurales, distinguiendo la ley, por tanto, los distritos metropolitanos (urbanos) de los distritos municipales (rurales). La disposición de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, antes indicada, sin embargo, lamentablemente fue suprimida en la reforma de la Ley Orgánica de 1989, en la cual se redujo la figura de los distritos municipales sólo a los distritos metropolitanos, olvidándose el legislador del carácter mayoritariamente rural de los municipios venezolanos.

Este antecedente legislativo de la Ley Orgánica de 1988 es importante, porque permite apreciar cómo el legislador, en ejecución de una norma similar de la Constitución de 1961 que se refería a las "demás entidades locales", estableció la figura de los distritos municipales rurales y de los distritos municipales urbanos (distritos metropolitanos).

Como se dijo, en la versión de la Constitución de 1999 publicada el 30 de diciembre de 1999, se precisó que los municipios podían agruparse en distritos (art. 170) sin calificarse a estos como "metropolitanos", lo que si apareció en la versión corregida de la Constitución publicada el 24 de marzo de 2000. Pero incluso con este ilegítimo cambio, el hecho de que en el texto constitucional, además de los municipios se haya regulado por encima de ellos expresamente sólo a los distritos metropolitanos y, por debajo de ellos a las Parroquias, ello no excluía que la Ley Orgánica que debía dictarse conforme al artículo 169 C., hubiera podido establecer otras entidades locales con organización municipal democrática que respondiera a la naturaleza propia del gobierno local, como podían ser los distritos municipales para los municipios rurales, por encima de los mismos; e, incluso "otras entidades locales" distintas a las parroquias en el territorio intramunicipal, como lo establece expresamente el artículo 173 C., como efectivamente se reguló a la *urbanización, el barrio, la aldea y el caserío* (art. 19).

Por otra parte, el hecho de que el artículo 18 C. hubiera establecido la organización municipal del área metropolitana de Caracas conforme a un sistema de gobierno municipal a dos niveles, ello no puede interpretarse como si se tratase de una organización que es exclusiva y excluyente sólo del área metropolitana de Caracas. Toda agrupación de municipios, en distritos metropolitanos o distritos municipales rurales, conlleva a una organización de gobierno municipal a dos niveles.

De lo anterior resulta evidente, por tanto, que la Ley Orgánica del Poder Público Municipal podía haber creado entidades locales por encima de los municipios, además de los distritos metropolitanos y debió haber previsto el régimen de los distritos municipales para los municipios rurales, con un régimen de gobierno municipal a dos niveles. El hecho de que el Constituyente hubiera destinado dos normas para regular a los distritos metropolitanos (arts. 171 y 172) no podía ni puede interpretarse como excluyente de la posibilidad de que el legislador nacional, en ejecución del artículo 169 de la misma Constitución, pudiera crear otras entidades locales supra municipales, en áreas rurales, no urbanas, como serían los distritos municipales con un régimen de gobierno municipal a dos niveles.

Lamentablemente, sin embargo, la Ley Orgánica de 2005 nada reguló en esta materia.

B. *El régimen especial de distrito municipal para los municipios del Alto Apure*

En el ordinal 3º de la disposición transitoria tercera de la Constitución, en el cual se definió un programa legislativo para el desarrollo del Texto fundamental; se estableció que la Asamblea Nacional debía aprobar "dentro de los primeros seis meses siguientes a su instalación", una ley especial para establecer "las condiciones y características de un régimen especial para los municipios José Antonio Páez y Rómulo Gallegos del Estado Apure".

Se trató, por tanto, de una previsión que obligaba a la Asamblea Nacional a establecer, mediante "ley especial", un "régimen especial" para dos municipios del Estado Apure, por lo que no era concebible que pudiera pretenderse, mediante esa ley especial, establecerse con el territorio de los dos municipios mencionados, alguna entidad político territorial distinta, o fuera del Estado Apure. El régimen especial se refiere a dos municipios del Estado Apure, que conforme a dicha Disposición debían seguir perteneciendo al Estado Apure, como entidad político territorial.

En consecuencia, el régimen especial que conforme a la disposición transitoria tercera la Asamblea Nacional debía regular "para los municipios José Antonio Páez y Rómulo Gallegos", no podía ser otro que un *régimen especial de carácter municipal*. A tal efecto, la Asamblea Nacional dictó en 2001 la Ley especial que crea el Distrito del Alto Apure[43] integrando territorialmente los municipios José Antonio Páez y Rómulo Gallegos de dicho Estado (art. 2), y estableciendo un sistema de gobierno municipal a dos niveles, que responde a un carácter democrático y a la naturaleza propia del gobierno local (art. 169). Por ello, el régimen de gobierno municipal democrático (art. 4) se estableció a dos niveles: el municipal de los municipios Páez y Gallegos y el distrital (art. 8). El gobierno distrital está a cargo de un alcalde distrital como órgano ejecutivo, y de un Cabildo distrital, como órgano legislativo, con jurisdicción en todo el territorio del Distrito Alto Apure (art. 8,1).

5. *Los distritos metropolitanos*

A. *El régimen constitucional*

En cuanto a los distritos metropolitanos, el artículo 171 C. dispone que cuando dos o más municipios pertenecientes a una misma entidad federal tengan relaciones económicas, sociales y físicas que den al conjunto características de un área metropolitana, pueden organizarse como tales. Ello lo repite el artículo 20 LOPPM, agregando la exigencia de que los municipios en cuestión para organizarse en un Distrito metropolitano deben haber "desarrollado previamente experiencias de mancomunidades durante al menos dos períodos municipales continuos".

Los distritos metropolitanos son entidades locales territoriales con personalidad jurídica, cuya creación corresponde al consejo legislativo de la entidad federal a la que pertenezcan los municipios (art. 20). Sin embargo, cuando los municipios que deseen constituirse en un distrito metropolitano pertenezcan a entidades federales distintas, corresponde a la Asamblea Nacional su creación y organización (art. 172 C.).

En los casos de distritos metropolitanos, dispone la Constitución que la ley orgánica "debe garantizar el carácter democrático y participativo del gobierno metropolitano y establecer sus competencias funcionales, así como el régimen fiscal, financiero y de control. También debe asegurar que en los órganos de gobierno metropolitano tengan adecuada participación los respectivos municipios, y debe señalar la forma de convocar y realizar las consultas populares que decidan la vinculación de estos últimos al distrito metropolitano" (Art 171).

---

43 *Gaceta Oficial* n.º 37.326 de 16 de noviembre de 2001.

Además, debe precisarse que la regulación constitucional de la figura de los distritos metropolitanos, no convierte a esas entidades en una excepción al régimen de la división político territorial prevista en el artículo 16 C. Los distritos metropolitanos, cuando se creen, no constituyen entidades político territoriales que formen parte de la división político territorial, como ni siquiera lo es el Distrito Metropolitano de Caracas (art. 18) que es una organización municipal a dos niveles que no ha afectado la división político territorial de la República (Estado Miranda y Distrito Capital) en la cual tiene su ámbito de actuación municipal, tal como se indica más adelante.

B. *La iniciativa para la creación de los distritos metropolitanos*

La Ley Orgánica de 2005 reguló detalladamente el régimen de creación de los Distritos metropolitanos, y en cuanto a la iniciativa para la creación de un distrito metropolitano, el artículo 21 dispuso que corresponde**:**

1. Al quince por ciento (15%), por lo menos, de los vecinos inscritos en el Registro electoral de los municipios afectados.

2. A los alcaldes de los respectivos municipios, con acuerdo de los concejos municipales correspondientes, aprobado por las dos terceras (2/3) partes de sus integrantes.

3. A los concejos municipales respectivos, mediante acuerdo aprobado por las dos terceras (2/3) partes de sus integrantes.

4. Al gobernador del estado, con acuerdo del consejo legislativo aprobado por las dos terceras (2/3) partes de sus integrantes.

5. Al consejo legislativo, aprobada por las dos terceras (2/3) partes de sus integrantes.

6. Cuando se trate de municipios pertenecientes a varias entidades federales, la iniciativa también podrá tomarse con el apoyo de la mayoría de los diputados de la Asamblea Nacional, electos o electas en cada una de las respectivas entidades federales.

La iniciativa para la creación del distrito metropolitano debe ser presentada dentro de los dos primeros años del período del poder público municipal. Admitida la iniciativa por el consejo legislativo o por la Asamblea Nacional, según el caso, y realizados los informes técnicos relativos a la viabilidad del distrito metropolitano, se debe proceder a la convocatoria de una consulta popular de la población afectada, si el 25% de los electores inscritos en el Registro electoral participa y más del 50% da su aprobación. El consejo legislativo o la Asamblea Nacional, según el caso, deben elaborar la ley de creación correspondiente, siguiendo los lineamientos de los informes técnicos aprobados en el referendo (art. 22).

La ley de creación del distrito metropolitano una vez aprobada por la Asamblea Nacional o por el consejo legislativo cuando se trate de municipios de la misma entidad federal, debe seguir el trámite ordinario para la entrada en vigencia de las leyes establecido en la Constitución nacional o estadal, según el caso, pero deberá publicarse para que sea efectiva la elección de las nuevas autoridades distritales, por lo menos con un año de anticipación a la fecha del proceso comicial. La elaboración de la ley respectiva se debe hacer con la efectiva participación ciudadana y, en especial, con la de las autoridades de los municipios involucrados.

C. *Régimen legal*

Por otra parte, y para evitar el uniformismo, el artículo 171 C. dispone que la ley puede establecer diferentes regímenes para la organización, gobierno y administración de los distritos metropolitanos atendiendo a las condiciones de población, desarrollo económico y social, situación geográfica y otros factores de importancia. En todo caso, la atribución de competencias para cada distrito metropolitano debe tener en cuenta esas condiciones.

De acuerdo con el artículo 172 C., el consejo legislativo estadal, previo pronunciamiento favorable mediante consulta popular de la población afectada, debe definir los límites del distrito metropolitano y lo debe organizar según lo establecido en la ley orgánica nacional, determinando cuáles de las competencias metropolitanas deben ser asumidas por los órganos de gobierno del respectivo distrito metropolitano.

Además, en cuanto a la ley de creación del distrito metropolitano, el artículo 23 de la ley Orgánica dispone que la misma debe definir los límites del mismo y su organización, con determinación expresa de las competencias metropolitanas que deben asumir sus órganos de gobierno, administración y legislación (art. 23).

En cuanto al gobierno y la administración del distrito metropolitano, los mismos corresponden a la autoridad ejecutiva metropolitana, que debe funcionar bajo la denominación que establezca la correspondiente ley de creación. La función legislativa debe ser ejercida por el consejo metropolitano, el cual debe estar integrado de la manera que se establezca en la ley de creación del respectivo Distrito. Además, en la ordenanza de reglamento interior y de debates del consejo metropolitano se debe prever la participación permanente, con derecho a voz, de un representante del organismo nacional de desarrollo de la jurisdicción del distrito metropolitano, la cual debe ser solicitada a ese organismo, dentro de los quince días siguientes a la instalación del Cuerpo (art. 24).

El distrito metropolitano debe contar con los ingresos que le sean asignados en la ley de creación respectiva, la cual también debe regular la transferencia de bienes municipales que se debe hacer al distrito metropolitano para la prestación de los servicios o la gestión de las actividades transferidas (art. 25). En todo caso, conforme al artículo 26 de la Ley Orgánica, los distritos metropolitanos deben contar con los siguientes ingresos:

1. Los que obtengan por derechos y tarifas en los servicios públicos que presten en ejercicio de su competencia.
2. Las rentas y productos de su patrimonio.
3. Los provenientes de la enajenación de sus bienes.
4. Un porcentaje de los impuestos creados y recaudados por los municipios agrupados, proporcional al costo del ejercicio de las competencias que le sean asignadas, en la ley respectiva. El distrito metropolitano puede asumir, mediante convenio con los municipios agrupados, la recaudación de estos impuestos municipales
5. Los aportes especiales y cualesquiera otros que por disposición legal le correspondan o le sean asignados.

En los artículos 27 y siguientes LOPPM se regula en detalle el mecanismo transitorio necesario para la estructuración del distrito metropolitano que se establezca.

6. *Las parroquias*

A. *R*égimen constitucional

Todos los municipios podrán crear parroquias conforme a las condiciones que determine la ley, aún cuando el artículo 173 C. precisa que en ningún caso las Parroquias deben ser asumidas como divisiones exhaustivas o imperativas del territorio del municipio.

La Constitución remite, por supuesto, a la legislación que se dicte para desarrollar los principios constitucionales sobre régimen municipal, para el establecimiento de los supuestos y condiciones para la creación de otras entidades locales dentro del territorio municipal, así como los recursos de que deben disponer, concatenados a las funciones que se les asignen, incluso su participación en los ingresos propios del municipio. La creación de las pa-

rroquias, en todo caso, debe atender a la iniciativa vecinal o comunitaria, con el objeto de promover a la desconcentración de la administración del municipio, la participación ciudadana y la mejor prestación de los servicios públicos.

Conforme a estas orientaciones la Ley Orgánica del poder municipal de 2005, en su artículo 30 dispone que las parroquias y las otras entidades locales dentro del territorio municipal "son demarcaciones creadas con el objeto de desconcentrar la gestión municipal, promover la participación ciudadana y una mejor prestación de los servicios públicos municipales". Las parroquias y las otras entidades locales dentro del territorio municipal, sólo pueden ser creadas mediante ordenanza aprobada con una votación de las tres cuartas (3/4) partes como mínimo de los integrantes del concejo municipal, con la organización, funciones, atribuciones y recursos que se les confieran en el momento de su creación, sobre la base de las características sociológicas, culturales y económicas del asentamiento de la población en el territorio municipal, sin perjuicio de la unidad de gobierno y de gestión del municipio. Las parroquias podrán ser urbanas o no urbanas y, en ningún caso, constituirán divisiones exhaustivas del territorio municipal (art. 31).

Por supuesto, las otras entidades locales inframunicipales diferentes de las parroquias, conforme con el artículo 19 LOPPM son *la urbanización, el barrio, la aldea y el caserío*.

B. *La iniciativa para la creación de las parroquias y otras entidades locales*

La iniciativa para la creación de las parroquias y las otras entidades locales dentro del territorio municipal, conforme al artículo 32 LOPPM corresponde en forma alternativa:

1. A los ciudadanos y ciudadanas inscritas en el Registro electoral, en un número no menor al quince por ciento (15%) de residentes en el territorio municipal que servirá de base a la entidad local, mediante solicitud escrita al concejo municipal.

2. Al alcalde mediante solicitud razonada ante el concejo municipal.

3. Al concejo municipal, mediante acuerdo razonado de la mayoría de sus integrantes.

En todo caso, conforme al artículo 33 de la ley Orgánica, para crear una parroquia u otra de las entidades locales dentro del municipio, se requiere que en el territorio correspondiente exista:

1. Una población con residencia estable, igual o superior a la exigida en la ley estadal para tales fines.

2. En los espacios urbanos, un plan de desarrollo urbano local debidamente sancionado y publicado en los espacios no urbanos, los lineamientos de la ordenación y ocupación del territorio.

3. Organización de la comunidad mediante agrupaciones sociales, electas democráticamente y debidamente registradas por ante los órganos competentes del municipio.

4. Estructura social de actuación para el desarrollo de la justicia de paz.

5. Organización de servicios públicos básicos.

6. Registro catastral, con sujetos de tributación y contribuciones municipales, de modo especial los inmobiliarios.

Estos requisitos, por supuesto, hacen que sea muy difícil la creación de parroquias, pues los mismos ni siquiera es frecuente que se cumplan en el ámbito municipal.

El proyecto de creación, en todo caso, debe ser informado en forma pública y sometido a consulta de la población asentada en el espacio territorial de la parroquia o entidad local territorial propuesta.

C. *Contenido de la ley de creación*

En la ordenanza de creación de la parroquia u otra entidad local dentro del territorio del municipio, conforme al artículo 34 LOPPM, se debe indicar:

1. Las atribuciones, actividades y funciones que le puedan ser delegadas y las bases para la delegación de estas atribuciones por otros actos normativos.

2. El órgano de la administración municipal que ejercerá la supervisión de las atribuciones, actividades y funciones delegadas.

3. Los recursos humanos y de equipos asignados a la parroquia o entidad local territorial, y los medios necesarios para su eficaz ejecución.

4. La asignación del ingreso propio del municipio que tendrá carácter de ingreso de la parroquia o entidad local territorial a los efectos de su creación y funcionamiento, de acuerdo a las atribuciones, actividades y funciones delegadas.

D. *Las juntas parroquiales*

Conforme al artículo 35 LOPPM, la parroquia tiene facultades de gestión, consultivas y de evaluación de la gestión municipal en sus respectivos ámbitos territoriales, en los términos y alcances que se les señale en la ordenanza respectiva.

Sin perjuicio de la unidad de gobierno y gestión del municipio, la parroquia debe ser gestionada por una junta parroquial integrada por 5 miembros y sus respectivos suplentes cuando sea urbana y 3 miembros y sus respectivos suplentes cuando sea no urbana; todos los cuales deben ser electos democráticamente por los vecinos, de conformidad con la legislación electoral.

Los miembros de las juntas parroquiales están obligados a presentar dentro del primer trimestre del ejercicio fiscal respectivo, de manera organizada y pública a sus electores, la rendición de cuentas de su gestión del año anterior, relacionando los logros obtenidos con las metas propuestas en el programa presentado como candidato.

La no presentación de la memoria y cuenta en forma organizada y pública por parte del miembro de la junta parroquial, tiene como consecuencia inmediata la suspensión de dieta, hasta tanto cumplan con este deber.

Para ser miembro de la junta parroquial, se requiere ser venezolano, mayor de 18 años de edad, y tener residencia en el municipio durante, al menos, los 3 últimos años previos a su elección. (art. 36).

E. *Competencia de las parroquias*

La parroquia, conforme lo dispone el artículo 37 LOPPM, tiene atribuida facultad expresa para gestionar los asuntos y procesos siguientes:

1. Servir como centro de información, producción y promoción de procesos participativos para la identificación de prioridades presupuestarias.

2. Promover los principios de corresponsabilidad, protagonismo y participación ciudadana en la gestión pública municipal.

3. Promover los servicios y el principio de corresponsabilidad en lo atinente a la seguridad ciudadana, la protección civil y la defensa integral de la República.

4. Promover los servicios y políticas dirigidos a la infancia, a la adolescencia, a la tercera edad y a las personas con discapacidad.

5. Promover, organizar, coordinar, supervisar y llevar a cabo los procesos electorales para la elección de los jueces de paz.

6. Promover procesos comunitarios de contraloría social.

7. Proteger el ambiente y fortalecer las áreas de los parques naturales, en coordinación con el ente responsable del parque y conforme a las pautas que le señalen las autoridades del municipio.

8. Velar por el cumplimiento de la limpieza urbana y aseo domiciliario.

9. Supervisar los servicios de agua potable, electricidad y gas doméstico.

10. Coadyuvar en el cuidado y mantenimiento de plazas, parques y jardines en la parroquia.

11. Inspeccionar la prestación del servicio de transporte público de pasajeros.

12. El Presidente de la junta parroquial podrá celebrar los matrimonios y llevar el registro de éstos, dentro del ámbito territorial correspondiente, de conformidad con los parámetros establecidos en el Código Civil.

13. Auspiciar y promover la masificación deportiva.

14. Auspiciar y promover las actividades culturales que integren a la comunidad.

15. Coadyuvar con las administraciones tributarias locales en la gestión de los tributos, a los efectos de garantizar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y demás deberes formales.

16. Respaldar a la sala técnica del consejo local de planificación pública en la elaboración del censo social municipal, conjuntamente con la participación de las organizaciones vecinales y la sociedad organizada.

17. Apoyar al consejo local de planificación pública, en la creación en el ámbito de su jurisdicción, de la red de consejos comunales y parroquiales por sector o vecinal, determinado en la ordenanza respectiva.

18. Cooperar en la supervisión de la realización de espectáculos públicos, de conformidad con lo dispuesto en la ordenanza respectiva.

19. Cooperar con las autoridades locales correspondientes en la gestión de los servicios de cementerio y mercados municipales y recaudar los derechos fiscales y tasas previstos en la ordenanza respectiva, cuando se trate de parroquias no urbanas.

20. Tramitar las solicitudes de particulares referentes a parcelas de terrenos municipales y a los servicios sociales.

21. Las demás que le sean delegadas por el alcalde, de conformidad con los instrumentos jurídicos municipales.

Por otra parte, en cuanto a la participación ciudadana, el artículo 38 LOPPM establece que las juntas parroquiales están en la obligación de requerir toda la información de la gestión municipal para ponerla a disposición de todos los ciudadanos y ciudadanas de la parroquia que se la soliciten.

F. *El financiamiento de las parroquias*

El artículo 39 de la ley Orgánica dispone que el presupuesto municipal de cada ejercicio fiscal debe incorporar los planes, programas, proyectos y actividades encomendados a la parroquia o a la entidad local territorial, con previsión de los respectivos créditos presupuestarios, así como de los resultados que se esperan obtener en términos de producción de bienes y servicios, cuando sea posible cuantificarlos. En la ordenanza respectiva, se establecerá el órgano de la administración pública municipal que hará el seguimiento de las atribuciones señaladas.

7. *La urbanización, el barrio, la aldea, el caserío*

Como se ha señalado, conforme al artículo 19.2 LOPPM, además de las anteriores entidades locales, se califican como tales, las "demás demarcaciones dentro del territorio del Municipio, tales como la urbanización, el barrio, la aldea y el caserío", que deben ser objeto de regulación en la ley estadal respectiva.

Estas demarcaciones, por supuesto, podrían ser instancias de participación ciudadana importante; sin embargo, al exigir la ley que para su creación deben cumplir los mismos requisitos que para crear las parroquias, la previsión legal se convierte en una ilusión, En efecto, conforme al artículo 33 LOPPM, para crear cualquiera de estas entidades locales (urbanización, barrio, aldea, caserío) dentro del municipio, se requiere que en el territorio correspondiente exista una población con residencia estable, igual o superior a la exigida en la ley estadal para tales fines; en los espacios urbanos, un plan de desarrollo urbano local debidamente sancionado y publicado, y en los espacios no urbanos, los lineamientos de la ordenación y ocupación del territorio; la organización de la comunidad mediante agrupaciones sociales, electas democráticamente y debidamente registradas por ante los órganos competentes del municipio; una estructura social de actuación para el desarrollo de la justicia de paz; una organización de servicios públicos básicos; y el registro catastral, con sujetos de tributación y contribuciones municipales, de modo especial los inmobiliarios. Además, el proyecto de creación debe ser informado en forma pública y sometido a consulta de la población asentada en el espacio territorial de la entidad local territorial propuesta.

III. EL RÉGIMEN GENERAL DE LOS ÓRGANOS DEL PODER PÚBLICO MUNICIPAL

1. *La regulación constitucional de la separación orgánica de poderes a nivel municipal*

Una de las innovaciones de la Constitución de 1999 en materia municipal, fue la regulación en el propio texto constitucional de los órganos del poder municipal. En efecto, la Constitución de 1961 dejaba esta materia a la regulación de la ley, permitiendo así mayor flexibilidad en cuanto a la posibilidad de diferenciar los regímenes de organización municipal. Sobre el significado de estos cambios constitucionales, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia 2651 de 2 de octubre de 2003 hizo las siguientes consideraciones incluso de carácter histórico sobre el régimen municipal en el país, al analizar el carácter del alcalde como primera autoridad civil, y su significado:

La disposición que atribuye el carácter de primera autoridad civil de los municipios a los alcaldes estaba ausente del anterior Texto Fundamental, y lo estuvo de todos los que hasta ahora han regido a la República venezolana. De hecho, la Constitución de 1961 no concebía la figura del alcalde, como tampoco concibió la de ningún otro órgano municipal. Se limitó a remitirse a una o varias leyes de desarrollo, a saber: a) estableció que la representación de los municipios la ejercerían "los órganos que determine la ley" (artículo 25);

b) dispuso que "la organización de los municipios se regirá por esta Constitución, por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las leyes orgánicas nacionales y por las disposiciones legales que en conformidad con aquéllas dicten los estados" (artículo 26); c) dispuso que "la ley podrá establecer diferentes regímenes para la organización, gobierno y administración de los municipios, atendiendo a las condiciones de población, desarrollo económico, situación geográfica y otros factores de importancia", si bien siempre obedeciendo a un régimen democrático (artículo 27).

Como se observa, la Constitución de 1961 se remitió a la ley. Mientras ella no había sido dictada, los municipios siguieron rigiéndose por las normas previas, lo que llevó incluso a una situación de evidente trastorno constitucional: se aplicaban normas, principios y hasta tradiciones que ni siquiera tomaban en cuenta que el Texto Fundamental había denominado municipios a la "unidad política primaria y autónoma dentro de la organización nacional" y a tal fin le había dotado de la personalidad jurídica que hasta entonces era privativa de los denominados Distritos. Así, si bien la Constitución anterior permitía diferentes regímenes organizativos y dejaba al legislador la libertad para decidir acerca de la forma de gobierno y administración municipal, lo cierto es que, en la práctica, el vacío legislativo llegó al extremo de mantener un régimen que no era el querido por el Constituyente. Los Distritos -que no deben confundirse con la actual figura de distritos metropolitanos-mantuvieron durante años el lugar que correspondía realmente a los municipios.

Todo, por supuesto, tiene explicación. Debe recordarse que la división político administrativa de los estados venezolanos se basó tradicionalmente en la figura del Distrito, si bien éstos a su vez estaban integrados por municipios, carentes de personalidad jurídica. Así, la entidad de relevancia jurídico política era el Distrito y en él se asentaba el concejo municipal. Sin duda, se trataba de una situación anómala en la que los Distritos gozaban de la autonomía denominada municipal y el poder público lo ejercían a través de un órgano llamado concejo municipal, a la vez que existían unos municipios totalmente privados de poder, al ser sólo una circunscripción administrativa, sin relevancia política.

La Constitución de 1961 pretendió cambiar esa situación y atribuir a los municipios la personalidad jurídica y, en consecuencia, hacer que fueran ellos los que gozaren de autonomía y donde residiese el poder público. Sin embargo, al no ser posible variar de inmediato un régimen ya tradicional, por ser necesario desmontar la estructura existente e instalar la nueva, la propia Constitución previó, en su Disposición Transitoria Primera, que mientras se dictaba la nueva legislación sobre régimen municipal quedaría en vigencia el régimen jurídico pre constitucional. De esta manera, los municipios, pese a su declaración constitucional como base del poder local, debieron esperar algún tiempo para su efectiva conversión en unidades primarias de la organización política.

El legislador tardó en cumplir con su obligación constitucional y fue sólo en 1978 cuando se sancionó la Ley Orgánica de Régimen Municipal. Sin embargo, ese texto mantuvo el régimen pre constitucional, con lo que el poder local continuaba en los Distritos y los municipios permanecían relegados, apartados de su nuevo rango constitucional. Dicha ley se modificó en 1984, pero sin que la situación variase respecto de la preeminencia de los Distritos. La segunda reforma de la Ley, producida en 1988 y que entró en vigencia en 1989, sí satisfizo la exigencia constitucional e hizo desaparecer la figura del Distrito, asumiendo los municipios el poder que les correspondía desde 1961.

Pero no ha sido éste el único cambio relevante producido durante la vigencia de la Constitución de 1961. Los municipios ocuparon el lugar de los Distritos (que no deben confundirse con los ahora llamados distritos metropolitanos), pero en ellos existía un reparto del poder distinto al estadal y nacional, más próximo a un sistema de gobierno parlamentario que a uno ejecutivista.

En efecto, en virtud de que la Constitución dejaba al legislador la determinación de lo relativo al gobierno y administración municipal, en Venezuela estuvo vigente, durante décadas, un régimen de confusión entre funciones ejecutivas y deliberantes, típico de los sistemas parlamentarios y que fue herencia del derecho español. Así, un órgano parlamentario -ahora comúnmente conocido como Concejo, antes como cabildo, municipalidad, ayuntamiento u otras denominaciones- reunía lo que a nivel nacional y estadal estaba dividido.

Los concejos municipales tenían, como es natural en un órgano colegiado, un Presidente, que en la tradición oral -e incluso casi protocolar- recibió luego el nombre de alcalde. El alcalde era un Concejal como el resto, pero que, en virtud de sus atribuciones, se distinguía de los demás. Sin embargo, a efectos jurídicos el órgano era uno sólo: el Concejo, que ejercía la totalidad del poder público en el ámbito municipal.

Una de las más relevantes innovaciones de la Ley Orgánica de Régimen Municipal que se sancionó en 1989, aparte de eliminar del todo la figura del Distrito como sustituta del municipio -lo que no impide que los estados la conserven a otros fines meramente administrativos-, fue separar el ejercicio del poder público local. Para ello se mantuvo la institución del Concejo, ya de larga tradición, pero se creó un verdadero poder ejecutivo separado del órgano parlamentario. Ese poder ejecutivo está encabezado por el alcalde, de la misma forma como el Presidente o el gobernador son la cúspide de los ejecutivos nacional y estadal, respectivamente[44].

2. *La separación orgánica de poderes y el tema de las funciones del Estado*

El artículo 75 LOPPM ha introducido en la legislación, una definición de funciones de acuerdo con los órganos del Estado, lo cual no tiene utilidad alguna, salvo para crear confusión; introduciendo entonces una especie de “separación orgánica de funciones”, la cual no tiene asidero alguno en el derecho administrativo venezolano, el cual, al contrario, está montado en el principio del carácter interorgánico de las funciones del Estado, y la imposibilidad de identificar funciones con órganos[45] (*Introducción general, VII*).

En efecto, dicha norma establece que “El poder público municipal se ejerce a través de cuatro funciones: la función ejecutiva, desarrollada por el alcalde a quien corresponde el gobierno y la administración; la función deliberante que corresponde al concejo municipal, integrado por concejales. La función de control fiscal corresponderá a la contraloría municipal, en los términos establecidos en la ley y su ordenanza. Y la función de planificación, que será ejercida en corresponsabilidad con el consejo local de planificación pública”. Sin embargo, en la propia Ley Orgánica, en otras normas se asigna la función legislativa al concejo municipal (art. 92), al igual que la función de control sobre el gobierno y administración pública municipal (art. 95,20).

3. *El poder ejecutivo municipal: el alcalde*

A. *El alcalde como primera autoridad civil*

La dirección del gobierno y administración del municipio corresponde al alcalde (art. 88,2 LOPPM), quien además, y en los términos del Código Civil (art. 446 y siguientes) tiene el carácter de la primera autoridad civil (art. 174)[46].

---

44 Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 93-96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 327 y ss.

45 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Derecho Administrativo*, t. I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1975.

46 Por ello, desde hace años habíamos sostenido que las competencias en materia de registro civil, debían ser asumidas por los Alcaldes. Cfr. sobre esto *Informe sobre la descentralización en Venezuela 1993, Memoria del Ministro de Estado para la Descentralización, op. cit.,* pp. 957 y ss. Véase la sentencia 2651 del 02 de octubre de 2003

Sobre el significado de la institución del alcalde, y su deslinde con la figura del prefecto como funcionario estadal, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la citada sentencia 2651 del 2 de octubre de 2003, sentó los siguientes criterios:

En 1989, entonces, surge la figura del alcalde con nueva concepción, esta es como jerarca de un poder ejecutivo que ha recibido el nombre de alcaldía. Es cierto -debe sin embargo reconocer la Sala- que la separación a nivel municipal no es idéntica a la del resto de las personas político territoriales. En parte por dificultades en cambiar una tradición, en parte por la estrechez territorial y la cercanía de los asuntos que les compete manejar -todos puramente locales, aunque no siempre sencillos- el gobierno municipal sigue siendo parcialmente parlamentario.

Por ello, el artículo 50 de la referida ley dispone que "el Gobierno municipal se ejerce por un alcalde y un concejo municipal" y luego aclara que la "rama ejecutiva del gobierno municipal se ejerce por órgano del alcalde y la deliberante por órgano del concejo municipal, al cual corresponde legislar sobre las materias de la competencia del municipio y ejercer el control de la rama ejecutiva del gobierno municipal". Ello explica, también, el que el artículo 77 *eiusdem* enumere las competencias que corresponden al alcalde, "como Presidente de la Cámara municipal". Precisamente una de esas funciones es la de "cumplir con las obligaciones que le imponga el Código Civil en relación con los actos y registros referentes al estado civil" (ordinal 6º).

En el relato que efectúa esta Sala puede observarse, entonces, que la figura del alcalde, como autoridad de una rama ejecutiva del poder público, sólo se materializó en 1989 y que ello no era un requerimiento de la Constitución de 1961, pero sí una exigencia político social. Los actuales alcaldes, de este modo, tuvieron un origen legal, no uno constitucional, y fue sólo en 1999 cuando encontraron acogida en el Texto Fundamental, concediéndoseles expresamente el carácter de primera autoridad civil de los municipios.

Ahora bien, el que los alcaldes obtuviesen ese rango constitucional en 1999 y que sólo en ese momento se reconociese normativamente su carácter de primera autoridad civil local, no implica que no lo tuvieron, incluso, antes.

En efecto, por algo sólo explicable por la tradición, y no por la razón, se consideraba a los prefectos y jefes civiles como las primeras autoridades civiles locales, aun cuando no fueran más que unas figuras de desconcentración de la actividad de los estados. En ello ayudó mucho, sin duda, el Código Civil -de antigua sanción, pese a sus reformas- que al referirse a la primera autoridad civil de una localidad la llamaba ocasionalmente Jefe Civil. Las normas venezolanas, como es parcialmente comprensible, no se han ido siempre adaptando a los muchos cambios en la organización política, con lo que las primeras autoridades civiles locales siguieron siendo, para todos, unos funcionarios que no eran locales. La representante del municipio Chacao del Estado Miranda lo ha puesto en cierta manera de manifiesto al sostener en su escrito que el "verdadero perfil de esos funcionarios [Prefectos y Jefes Civiles] desde el punto de vista práctico" era el de "una autoridad local estrechamente vinculada con la vida del municipio".

---

de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la cual se estableció que si bien a partir de la Constitución de 1999, el Registro Civil y Electoral, como registro único, es competencia del poder electoral, a través de la Comisión de Registro Civil y Electoral, a tenor de lo dispuesto en sus artículos 292 y 293. 7 C.; como la primera autoridad civil de un municipio es el Alcalde, de acuerdo con el artículo 174 C., es él quien debe llevar los registros correspondientes, y ya no los Prefectos ni Jefes Civiles, antiguas primeras autoridades de municipios y parroquias. Ello, sin perjuicio de las reglas para casos especiales que fijó el Código Civil. Esa primera autoridad civil de los municipios, si bien anteriormente tenía el control total del Registro Civil, ahora debe actuar sólo como "colaborador" con el órgano que constitucionalmente tiene el poder de centralización del Registro: la Comisión de Registro Civil y Electoral, por lo que debe atenerse a lo que, al respecto, dispone la Ley Orgánica del poder electoral, *Revista de Derecho Público*, n.º 93-96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 327 y ss.

Observa la Sala que, aun sin previsión expresa sobre el carácter de primera autoridad civil local, lo que sí constituía una exigencia constitucional era la necesidad de que en los municipios se eligiera libremente a sus autoridades, y ello ejerció gran incidencia en la figura de los Prefectos distritales y Jefes Civiles parroquiales, los cuales eran designados por los gobernadores de estado, siendo en realidad sus agentes, de la misma forma en que esos gobernadores eran agentes del poder nacional mientras no fueron electos por la colectividad.

Los Prefectos eran, por tanto, una autoridad de ámbito municipal, pero no de carácter municipal, que no correspondían realmente al municipio al que se refería el Texto Fundamental de 1961. Eran -y son, pues aún subsisten- funcionarios estadales sin ningún reconocimiento constitucional nacional. Su origen está siempre en las Constituciones estadales, como es natural. Sólo la Carta Magna de 1819 mencionó a los Prefectos. Según esa Constitución, en "cada capital de departamento hay un prefecto y una municipalidad" (artículo 1, Sección Segunda, Título 9º). Al Prefecto se le calificó como "teniente del gobernador de la provincia" en el ámbito de un departamento (artículo 3º de la misma Sección), es decir, como su subalterno. Era tal su condición de teniente, que el propio gobernador debía ser el "prefecto del departamento de la capital de la provincia" (artículo 1º). Esos prefectos tenían asignado, entre otras competencias, llevar el censo de la población, así como el registro de nacimientos y defunciones.

La figura del prefecto como funcionario provincial (luego estadal, con el cambio de denominación que vino aparejada con la evolución político institucional venezolana) se mantuvo entre nosotros y no puede dudarse de su utilidad, si bien hoy en día su relevancia es bastante menor. Los prefectos, al no ser funcionarios municipales, sino estadales de ámbito municipal, necesitaban de adaptación a la Constitución de 1961. Así, debe insistir la Sala en que, ya bajo la vigencia de la misma, los prefectos debieron dejar de ser la primera autoridad civil del municipio. Ahora, como esa Constitución no mencionaba ningún órgano, y como era difícil atribuir al Concejo -órgano colegiado, de funciones diversas- la primera autoridad civil, el Prefecto se mantuvo como tal durante más tiempo del debido.

Con la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989 la situación varió: es obvio que debe entenderse que el alcalde era la primera autoridad civil del municipio, al ser el jerarca máximo de la rama ejecutiva del poder público a ese nivel. Se trata de un funcionario electo popularmente, respondiendo a las exigencias democráticas de la Constitución, que debía necesariamente desplazar a los Prefectos y Jefes Civiles en los ámbitos de competencia de los municipios o en cualquiera para la cual fuese titular de la competencia la primera autoridad civil del municipio, como sucede precisamente con el registro del estado civil. Sin embargo, la fuerza de la tradición llevó a seguir considerando a Prefectos y Jefes Civiles como primeras autoridades civiles locales, sin reparar de manera suficiente en que su origen no era democrático -exigencia de los artículos 27 y 29 C. de 1961- ni formaban parte del poder público de la entidad llamada constitucionalmente "municipio".

La Constitución de 1999 vino a resolver esa situación, pues incorporó entre sus normas lo que no podía ser de otra forma: era absurdo sostener que la primera autoridad civil de un municipio fuese un funcionario designado por el gobernador estadal y que, en consecuencia, respondiese ante éste, cuando existía otro funcionario legalmente creado que tenía un claro origen local y contaba con respaldo de la población. Pudo ser así durante largo tiempo, pero debió dejar de serlo en el momento cuando cambió la regulación sobre la materia, de la misma manera como, desde la sanción de la Ley de Elección y Remoción de gobernadores, era lógico que estos funcionarios dejasen de ser representantes del Presidente de la República en el territorio de un estado[47].

---

[47] Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 327 y ss.

Para ser alcalde se requiere ser venezolano mayor de 25 años y de estado seglar. El artículo 41 C., sin embargo, exige que en los estados Fronterizos, para ser alcalde se requiere ser venezolano por nacimiento, sin otra nacionalidad.

Por otra parte, el artículo 177 permite que la ley nacional pueda establecer principios, condiciones y requisitos de residencia, prohibiciones, causales de inhibición e incompatibilidades para la postulación y ejercicio de las funciones de alcaldes y concejales.

El alcalde debe ser elegido por un período de 4 años por mayoría de las personas que votan, y podrá ser reelegido de inmediato y por una sola vez, para un período adicional. Tampoco se estableció, en este caso el principio de la elección por mayoría absoluta, como se había planteado en la discusión constitucional[48].

De acuerdo con el artículo 88 LOPPM, los alcaldes tienen las siguientes atribuciones y obligaciones:

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, la constitución del estado, leyes nacionales, estadales, ordenanzas y demás instrumentos jurídicos municipales.

2. Dirigir el gobierno y la administración municipal, velando por la eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios públicos dentro del ámbito de su competencia, y ejercer la representación del municipio.

3. Dictar reglamentos, decretos, resoluciones y demás actos administrativos en la entidad local.

4. Proteger y conservar los bienes de la entidad, para lo cual deberá hacer la actualización del inventario correspondiente; y solicitar a la autoridad competente el establecimiento de las responsabilidades a que haya lugar para quienes los tengan a su cargo, cuidado o custodia.

5. Ejecutar, dirigir e inspeccionar los servicios y obras municipales.

6. Suscribir contratos que celebre la entidad, con previsión de la disposición de los gastos que generen, y ordenar sus pagos de conformidad con lo establecido en las leyes y ordenanzas que rigen la materia.

7. Ejercer la máxima autoridad en materia de administración de personal y, en tal carácter, ingresar, nombrar, remover, destituir y egresar, conforme a los procedimientos administrativos establecidos en la ordenanza que rige la materia, con excepción del personal asignado al concejo municipal.

8. Presidir el consejo local de planificación pública, conforme al ordenamiento jurídico.

9. Formular y someter a consideración del consejo local de planificación pública, el plan municipal de desarrollo con los lineamientos del programa de gestión presentado a los electores, de conformidad con las disposiciones nacionales y municipales aplicables.

10. Someter a consideración del concejo municipal los planes de desarrollo urbano local, conforme a las normas y procedimientos establecidos en los instrumentos normativos nacionales.

---

48 Véase nuestro voto salvado en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Debate Constituyente*, t. III, cit., p. 195.

11. Elaborar y presentar el proyecto de ordenanza de presupuesto de ingresos y gastos para el ejercicio fiscal siguiente.

12. Presentar a consideración del concejo municipal, proyectos de ordenanzas con sus respectivas exposiciones de motivos, así como promulgar las ordenanzas sancionadas por el concejo municipal y objetar las que considere inconvenientes o contrarias al ordenamiento legal, de conformidad con el procedimiento previsto en la ordenanza sobre instrumentos jurídicos municipales.

13. Designar los apoderados judiciales o extrajudiciales que asuman la representación de la entidad para determinados asuntos, previa consulta al síndico procurador municipal.

14. Realizar las atribuciones que en materia del registro civil del municipio le asigne el poder electoral[49].

15. Ejercer la autoridad sobre la policía municipal, a través del funcionario de alta dirección que designe.

16. Conceder ayudas y otorgar becas y pensiones de acuerdo a las leyes y ordenanzas.

17. Informar al concejo municipal sobre asuntos de su competencia, cuando le sea requerido, o cuando lo estime conveniente.

18. Presentar al concejo municipal, en el segundo mes siguiente a la finalización de cada ejercicio económico financiero de su mandato, el informe de su gestión y a la contraloría municipal la cuenta de la misma, en la cual incluirá informe detallado de las obligaciones impagadas o morosas de los contribuyentes.

19. Presentar dentro del primer trimestre del año, de manera organizada y pública a la comunidad respectiva convocada previamente, la rendición de cuentas de la gestión política y administrativa del año económico financiero precedente, relacionando los logros con las metas del plan municipal de desarrollo y el programa presentado como candidato.

20. Promover la participación ciudadana y la educación para la participación.

21. Ejercer las atribuciones relativas a la competencia municipal, cuando no estén expresamente asignadas a otro órgano.

22. Mantener la observancia rigurosa del ciudadano o ciudadana en la preservación del ambiente, así como hacer cumplir toda la legislación establecida en materia ambiental.

23. Revisar y resolver los recursos jerárquicos y demás actos administrativos dictados por las distintas dependencias del municipio.

Debe destacarse que entre las reformas importantes introducidas por la Ley Orgánica de 2005, está el haberle quitado al alcalde el carácter de presidente del concejo municipal, lo que se había establecido en la Ley de 1989 con el objeto de impedir que la Administración municipal se pudiera desdoblar de hecho, entre la que depende del alcalde, y otra que corría el riesgo de desarrollarse en torno a un presidente del consejo.

---

49 Véase el desarrollo de esta materia hecho por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en la sentencia n.º 2651 de 02 de octubre de 2003, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 260 y ss.

La reforma de 2005, lamentablemente, podría provocar la reapertura de ese riesgo, para lo cual debe interpretarse cuidadosamente la Ley Orgánica en su conjunto. En efecto, el gobierno y administración municipal, es decir, las funciones ejecutivas municipales están exclusivamente en manos del alcalde, no pudiendo el concejo municipal ni su Presidente pretender ejercer funciones ejecutivas ni crear una Administración municipal paralela a la que dirige el alcalde.

En efecto, ante todo, el proyecto de ordenanza de presupuesto municipal, que es uno y único, debe ser elaborado por el alcalde (arts. 88.11 y 235) para su presentación al concejo municipal. En dicho presupuesto deben estar incorporadas las partidas del "presupuesto del concejo municipal", a los efectos del pago de personal adscrito al concejo para el cumplimiento de las funciones deliberantes, legislativa y de control de la administración municipal, cuya administración le corresponde a dicho órgano colegiado (no al Presidente del mismo) mismo Concejo (arts. 95.12 y 15); y a los efectos de la ejecución del plan legislativo anual, el cual debe ser aprobado por el concejo (art. 95.5) para su incorporación en el proyecto de ordenanza de presupuesto que debe elaborar el alcalde.

La atribución del concejo municipal de "aprobar el presupuesto de gastos que soporte el plan legislativo anual" (art. 95.5), implica precisamente la atribución de elaborar dicho plan legislativo, es decir, el plan de ordenanzas y actos normativos que se pretenden aprobar durante el año, estimado entonces los gastos destinados a ejecutar ese plan legislativo, estimado que el concejo debe hacer tomando en cuenta las limitaciones financieras del municipio. Una vez realizada esa aprobación de la estimación del presupuesto de gastos que soporte el plan legislativo del concejo, éste debe remitirlo al alcalde para su incorporación al proyecto de ordenanza de presupuesto. Por ningún respecto puede entenderse de esa atribución como si se tratara de que en el municipio puedan existir dos presupuestos paralelos: por una parte, el presupuesto municipal contenido en la ordenanza de presupuesto de ingresos y gastos del municipio (art. 235), y por otra parte, un supuesto presupuesto aprobado por el concejo municipal aisladamente. Ello sería contrario a lo establecido en los artículos 230 a 252 LOPPM.

Siendo por tanto uno sólo el presupuesto municipal, en cuanto a la ejecución del mismo, la misma conforme a la Ley, está atribuida, por una parte al alcalde, como director del gobierno y administración municipal; y por la otra, al Presidente del concejo municipal, a quien el artículo 96,8 de la ley Orgánica le atribuye la facultad de "ejecutar el presupuesto del concejo municipal" que debe estar contenido en la ordenanza de presupuesto.

Esta doble ejecución presupuestaria, por otra parte, implica una dualidad de atribuciones en materia de administración del personal al servicio del municipio: el alcalde ejerce la máxima autoridad en ametría de administración de personal, con excepción del personal asignado al concejo municipal (art. 88,7; y al concejo municipal (no a su presidente) le corresponde ejercer la autoridad en materia de sistema de administración de recursos humanos del concejo, de la secretaría y del cronista del municipio (art. 95, 12 y 15).

B. *Los principios sobre la administración pública municipal*

Como se ha señalado anteriormente, los principios relativos a la Administración Pública que establece la Constitución (arts. 141 y ss), rigen también para la Administración Pública municipal *(Tercera parte, § 8)*. Por ello, en esta materia, el artículo 76 LOPPM se limita a señalar que la Administración Pública municipal se rige por los principios establecidos en la Constitución y en las leyes respectivas, entre ellas, la Ley Orgánica de la Administración Pública en lo que resulta aplicable.

Cada municipio mediante ordenanza debe desarrollar esos principios para la organización y funcionamiento de los órganos del nivel local, central, descentralizado o desconcentrado, con el fin de alcanzar mayores niveles de desempeño, atención y participación de los

ciudadanos en la gestión, racionalidad de costos y continuidad en el ejercicio de la función pública. Los órganos que la componen colaborarán entre sí para el cumplimiento de los fines del municipio.

En particular, en cuanto a la administración financiera de la Hacienda Pública Municipal el artículo 129 LOPPM dispone que debe ejercerse en forma planificada con arreglo a los principios de legalidad, eficiencia, celeridad, solvencia, transparencia, rendición de cuentas, responsabilidad, equilibrio fiscal y de manera coordinada con la hacienda de la República y la de los estados, sin perjuicio de la autonomía que la Constitución consagra a favor de los municipios para la gestión de las materias de su competencia y para la creación, recaudación e inversión de sus ingresos. En universo de los entes y organismos que conforman el sector público municipal, conforme al artículo 131 LOPPM, sujetos a estos principios son los distritos metropolitanos, los institutos autónomos municipales, los servicios autónomos sin personalidad jurídica creados por los municipios, las sociedades mercantiles en las cuales los municipios tengan participación igual o mayor al 50% de su capital social, las fundaciones, sociedades civiles, asociaciones civiles y demás instituciones constituidas con fondos públicos municipales que representen el 50% o más de su patrimonio, y las demás personas jurídicas municipales de derecho público, con o sin fines empresariales no contempladas en los numerales anteriores.

Dispone el artículo 77 LOPPM que la administración pública municipal debe desarrollar programas de gerencia con procesos de mejora y formación continua, de elevación de la competencia funcionarial y de continuidad en el ejercicio de la función pública a los fines del mejor servicio a los ciudadanos y la mayor eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios públicos. Igualmente, debe desarrollar progresivamente la utilización de la telemática en los sistemas de información, seguimiento y control de la gestión. En tal sentido, se debe propender a la creación de un sistema intermunicipal de recursos humanos que facilite la acreditación de conocimientos y experiencia de las personas que laboran en los municipios, con el propósito de promover el desarrollo de la carrera del funcionario municipal en el territorio nacional. A tal efecto, los municipios deben desarrollar las acciones asociativas entre sí y con otros entes para tales propósitos, y acordar sobre los mecanismos de implantación y los plazos para su ejecución.

Dentro de las competencias municipales propias que enumera el artículo 56.h LOPPM está "la organización y funcionamiento de la administración pública municipal y el estatuto de la función pública municipal". Por ello, el artículo 78 LOPPM dispone que cada municipio, mediante ordenanza, debe dictar el estatuto de la función pública municipal en el cual se debe regular "el ingreso por concurso, ascenso por evaluación de méritos, seguridad social, traslado, estabilidad, régimen disciplinario y demás situaciones administrativas"; asimismo, los "requerimientos de formación profesional, los planes de capacitación y carrera de los funcionarios al servicio de la administración pública municipal", de conformidad con lo establecido en la Constitución y las leyes.

4. *El poder legislativo municipal: los concejos municipales y las ordenanzas municipales como leyes locales*

El artículo 175 C., atribuye la función legislativa del municipio al concejo municipal, integrado por concejales elegidos en la forma establecidas en la Constitución, en el número y condiciones de elegibilidad que determine la ley, conforme al principio de la representación proporcional[50]. Los concejos, por otra parte, eligen su presidente, como se dijo, habiendo dejado los alcaldes de presidirlos, reforma que debe interpretarse adecuadamente a

50 Véase nuestro Voto Salvado en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Debate Constituyente,* t. I, cit., pp. 195 y 196.

la propia Ley para evitar la reproducción burocrática de hecho de una especie de administración municipal paralela a la alcaldía, dependiente del presidente del concejo y de las comisiones del mismo[51].

A. *Las ordenanzas como leyes locales*

En todo caso, los concejos municipales como titulares del poder legislativo municipal tienen la potestad de dictar leyes locales, denominadas ordenanzas, a las cuales tradicionalmente se les ha atribuido el carácter de "leyes" como actos de ejecución directa de la Constitución. Se destaca, por ejemplo, la sentencia 713 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, en la cual sentó el siguiente criterio:

Sin embargo, la jurisprudencia de este Máximo Tribunal ha sostenido, reiteradamente, que las ordenanzas municipales, son consideradas leyes locales, es decir, que los municipios tienen competencia para legislar en materia de sus competencias constitucionales. En este sentido, podemos referir las siguientes decisiones en las que se ha tratado el tema.

> [...] Se convierte así el municipio en un agente recaudador del impuesto, por sí o por intermedio de los selladores de los formularios de juegos o expendedores de boletos o billetes; y, para el cumplimiento de esa función recaudadora, la Ley deja a las Cámaras municipales -a través de ordenanzas- la *posibilidad de dictar las normas* [...]. (Cursivas de la Sala). (Sentencia de la Corte en Pleno de fecha 8 de junio de 1999, caso ordenanza de Apuestas Lícitas del municipio Autónomo San Felipe del Estado Yaracuy*).*

Asimismo, en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena de 22 de enero de 1998, se reafirma la competencia para legislar que tiene el municipio.

> [...] Un análisis preliminar de la norma transcrita, contenida en el capítulo I de la ordenanza denominado "Disposiciones Generales" y que informa la totalidad de sus disposiciones, nos revela los siguientes elementos: a) Parte del supuesto de la existencia de "relaciones" entre el municipio y los titulares de los derechos mineros y otros sujetos que realicen otra actividad directa o indirectamente relacionada con la minería en el municipio; b) Que esas "relaciones" derivan de "principios legales", c) Que *el municipio tiene competencia para legislar en el ámbito local* en materia minera, esto es, regularla por ordenanzas al punto de poder regular relaciones que se dan entre los sujetos vinculados de alguna forma con la minería [...] (Cursivas de la Sala).

Esta misma posición es la que sostiene nuestra doctrina al referirse a la autonomía normativa al señalar que [...] tanto la República como los estados y los municipios tienen autonomía normativa, en el sentido de que pueden regular o normar las materias de su respectiva competencia, sin injerencias de ningún otro órgano, salvo las limitaciones establecidas en la propia Constitución, que es la que distribuye el poder [...] (*Vid*. BREWER-CARÍAS, ALLAN, *Instituciones Políticas y Constitucionales,* EJV-UCAT, p. 18).

En el mismo sentido, el profesor ALLAN BREWER-CARÍAS, al referirse a la función normativa, -con respecto al texto constitucional de 1961- señala que: [...] cuando el artículo 139 atribuye al Congreso, la tarea de legislar sobre las materias de la competencia nacional está atribuyendo la función normativa a uno de los órganos que ejercen alguno de los poderes del Estado: la función propia de las Cámaras Legislativas, como lo dice el mencionado artículo 118 C., es la función normativa.

---

[51] La Corte Primera de lo Contencioso Administrativa ha sido clara, sin embargo, en atribuir la administración municipal exclusivamente al Alcalde. Véase la sentencia 1586 del 5 de diciembre de 2000 en *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 404 y ss.

El mismo supuesto lo encontramos en el artículo 20, donde se atribuye competencia a las asambleas legislativas de los estados, para 'legislar sobre las materias de la competencia estadal'. Indirectamente también puede identificarse la función normativa a nivel municipal*,* como un signo de la autonomía.

La Constitución de 1999 establece, con respecto al ejercicio de la función normativa de los municipios lo siguiente:

> *Artículo 175*.- La función legislativa del municipio corresponde al Concejo, integrado por concejales elegidos elegidas en la forma establecida en esta Constitución, en el número y condiciones de elegibilidad que determine la ley.

Asimismo, en la misma decisión de la CSJ-SP 22 de enero de 1998 citada supra, se precisa la naturaleza jurídica que la jurisprudencia le acuerda a las ordenanzas municipales.

> [...] Como se ha señalado, el reenvío a la ley debe entenderse como un llamamiento a la regulación por ley formal, esto es a la prevista en el artículo 162 de la Constitución que la define como los actos emanados de las Cámaras Legislativas actuando como cuerpos colegisladores, de conformidad con el procedimiento previsto en ese texto. En consecuencia, aludiendo tal concepto a la ley dictada por el poder legislativo nacional, mal puede considerarse comprendido en tal reenvío a la ordenanza municipal, a la que se denomina justamente como 'leyes locales' (Sentencia de la CSJ-SP 22 de enero de 1998).

Sistematizando lo hasta aquí expuesto, esta Sala considera que el concepto de "ley" que ha venido desarrollando la jurisprudencia de este Máximo Tribunal y la doctrina es una noción material referida, precisamente, a la función normativa que ejercen los órganos deliberantes a todos los niveles políticos territoriales con respecto a sus competencias constitucionales. Por el contrario, la noción de "ley" consagrada en el texto Fundamental es una noción estrictamente *formal*[52].

El carácter de las ordenanzas como leyes locales ha sido ratificado por la Sala Político Administrativa[53] y por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en muchos fallos[54], después de haber cometido el disparate de considerarlas como "actos administrativos"[55].

B. *Las atribuciones de los concejos municipales*

Conforme al artículo 95 LOPPM, son deberes y atribuciones de los concejos municipales:

> 1. Iniciar, consultar a las comunidades y sus organizaciones, discutir y sancionar los proyectos de ordenanzas incluida la relativa a su reglamento interior y de debates, a fin de proveer a la organización de sus funciones, para sancionar las reglas de orden aplicables a sus deliberaciones.

---

52 Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 81, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 191 y ss. Véase, además, sentencia 733 de 31-03-2000 de la misma Sala, *Revista de Derecho Público*, n.º 81, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 215.

53 Véase sentencia 1090 de 11 de mayo de 2000, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 347

54 Véase las sentencias 406 del 8 de marzo de 2002 y 928 de 15 de mayo de 2001, *Revista de Derecho Público*, n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, pp. 285 y pp. 383 y ss; sentencias 572 de 18 de marzo de 2003, 1535 de 16 de junio de 2003, y 2641 del 1º de octubre de 2003, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 503, 233, 504 y 335 y ss.

55 Véase la sentencia 2353 de 23 de noviembre de 2001, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 387 y ss.

2. Dictar y aprobar su reglamento interior y de debates. En tal reglamento deberá preverse la persona y el mecanismo para suplir las ausencias temporales o absolutas del presidente.

3. Aprobar el plan municipal de desarrollo y los planes y demás instrumentos de ordenación urbanística, según lo dispuesto en la legislación respectiva.

4. Ejercer la potestad normativa tributaria del municipio.

5. Aprobar el presupuesto de gastos que soporte su plan legislativo anual, tomando en cuenta las limitaciones financieras del municipio.

6. Acordar la participación del municipio en organizaciones intermunicipales y autorizar la creación, modificación o supresión de órganos desconcentrados o descentralizados, de conformidad con esta ley.

7. Aprobar el cambio de nombre del municipio, previa consulta con la población del mismo y de conformidad con las leyes aplicables.

8. Aceptar, previa solicitud motivada del alcalde la delegación o transferencia de competencias que le hagan al municipio.

9. Elegir en la primera sesión de cada año del período municipal o en la sesión más inmediata siguiente, al presidente dentro de su seno, y al secretario fuera de su seno, así como a cualquier otro directivo o funcionario auxiliar que determine su reglamento interno.

10. Aprobar las concesiones de servicios públicos o de uso de bienes del dominio público, y lo concerniente a la enajenación de los ejidos y otros inmuebles, previa solicitud motivada del alcalde.

11. Aprobar la escala de remuneraciones de empleados y obreros al servicio del municipio, y la de los altos funcionarios, de conformidad con las condiciones y límites establecidos en la legislación que regula sus asignaciones.

12. Ejercer la autoridad en materia del sistema de administración de recursos humanos, y, en tal carácter, podrá nombrar, promover, remover y destituir, de conformidad con los procedimientos establecidos en la ordenanza que rija la materia, con excepción del personal de otros órganos del poder público municipal.

13. Promover los mecanismos que legalmente le estén conferidos y que contribuyan a garantizar en forma eficiente, suficiente y oportuna la participación ciudadana en el proceso de formación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública municipal.

14. Autorizar al alcalde, oída la opinión del síndico o síndica municipal, para desistir de acciones y recursos, convenir, transigir y comprometer en árbitros.

15. Nombrar el personal de las oficinas del concejo municipal, de la secretaría y del cronista del municipio.

16. Imponer, de acuerdo con lo establecido en la Constitución y las leyes, las sanciones de suspensión e inhabilitación para el desempeño del cargo de concejal.

17. Aprobar el plan de inversión municipal, contenido en el proyecto de ordenanza del presupuesto presentado por el consejo local de planificación pública, conforme al mecanismo presentado en la Ley de los consejos locales de planificación pública.

18. Autorizar al alcalde para ausentarse por más de quince días de la alcaldía.

19. Autorizar créditos adicionales al presupuesto de ingresos y gastos del ejercicio económico financiero del municipio.

20. Ejercer funciones de control sobre el gobierno y la administración pública municipal, en los términos consagrados en la Constitución y en la ley.

21. Los concejales deberán presentar dentro del primer trimestre del ejercicio fiscal respectivo, de manera organizada y pública a los electores de la jurisdicción correspondiente, la rendición de su gestión legislativa y política del año inmediatamente anterior, en caso contrario, se le suspenderá la dieta hasta su presentación.

22. Organizar toda la normativa referente a la justicia de paz en el municipio.

Debe destacarse que, conforme a estas atribuciones, los concejos municipales no tienen competencia en materia de gestión local ni de administración de los asuntos locales. Su competencia se reduce básicamente a legislar y a controlar la administración municipal. Se destaca, sin embargo, las competencias en materia de administración del personal al servicio del concejo municipal, que corresponde al concejo. El concejo, además, tiene competencia para aprobar el estimado de su presupuesto de gastos que soporte el plan legislativo, y exclusivamente legislativo (art. 95.5); lo que por ningún respecto puede implicar la existencia de dos presupuestos paralelos en el municipio, por más que sea el presidente del concejo y no el alcalde quien ejecute el presupuesto del concejo municipal (art. 96.8) y que sea el propio concejo municipal la autoridad en materia de administración del personal del concejo (art. 95.12 y 15).

En cuanto a los concejales, debe mencionarse que a pesar de su carácter de funcionarios públicos electos, conforme a la Ley Orgánica, los mismos no perciben sueldo ni su dedicación es exclusiva, sino que lo que perciben es una dieta por la asistencia a las sesiones del concejo municipal. Ello estaba regulado así expresamente en el artículo 56 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989, en el cual se disponía que los concejales no devengaran sueldo y únicamente podían percibir dietas por asistencia a las sesiones de la cámara y a las comisiones. La norma se eliminó en la Ley Orgánica de 2005, pero en el artículo 95.21 de la misma se conservó una referencia a las dietas al indicar que "Los concejales deberán presentar dentro del primer trimestre del ejercicio fiscal respectivo, de manera organizada y pública a los electores de la jurisdicción correspondiente, la rendición de su gestión legislativa y política del año inmediatamente anterior, en caso contrario, *se le suspenderá la dieta* hasta su presentación".

En todo caso, debe señalarse que, precisamente, es este carácter sin sueldo del cargo de concejal el que justifica la excepción a la incompatibilidad del desempeño de cargos públicos, que la Constitución de 1961 establecía respecto de los cargos edilicios. En efecto, de acuerdo al artículo 123 C. de 1961, "nadie podrá desempeñar a la vez más de un destino público remunerado, a menos que se trate de cargos académicos, accidentales, asistenciales, docentes, *edilicios* o electorales que determine la ley". Por tanto, los cargos de concejal conforme a ese texto, eran compatibles con un cargo público en la Administración Pública nacional o estadal, y el concejal, además de su sueldo en la Administración Pública, podía percibir sus dietas por asistencia a las sesiones del concejo. La Constitución de 1999 eliminó la referencia a los cargos "edilicios" al regular las excepciones a las incompatibilidades en el artículo 148; sin embargo, en nuestro criterio, la excepción a la incompatibilidad continúa en aplicación, pues si los concejales no perciben sueldo, dicho cargo electivo no puede considerarse como "destino público remunerado" en los términos de dicha norma constitucional.

5. *Las contralorías municipales*

En cuanto a las contralorías municipales, de acuerdo con el artículo 176 LOPPM, les corresponde el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes municipales, así como las operaciones relativas a los mismos, sin menoscabo del alcance de las atribuciones de la Contraloría General de la República.

Las contralorías son dirigidas por el contralor, designado por el concejo mediante concurso público que garantice la idoneidad y capacidad de quien sea designado para el cargo, de acuerdo con las condiciones establecidas por la ley. El concejo municipal es también el órgano competente para remover a contralor municipal[56].

La Ley Orgánica le otorga autonomía orgánica y funcional a las contralorías municipales (art. 101)[57], lo cual ha llevado a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo a garantizarla ordenándole a un alcalde, por ejemplo, abstenerse de reducir o modificar el presupuesto de la contraloría[58]

De acuerdo con el artículo 104 LOPPM, las atribuciones de los contralores municipales son las siguientes:

1. El control posterior de los organismos y entes descentralizados.

2. El control y las inspecciones en los entes públicos, dependencias y organismos administrativos de la entidad, con el fin de verificar la legalidad y veracidad de sus operaciones.

3. El control perceptivo que sea necesario con el fin de verificar las operaciones de los entes municipales o distritales, sujetos a control que, de alguna manera, se relacionen con la liquidación y recaudación de ingresos, el manejo y el empleo de los fondos, la administración de bienes, su adquisición y enajenación, así como la ejecución de contratos. La verificación a que se refiere el presente numeral tendrá por objeto, no sólo la comprobación de la sinceridad de los hechos en cuanto a su existencia y efectiva realización, sino también, examinar si los registros o sistemas contables respectivos se ajustan a las disposiciones legales y técnicas prescritas.

4. El control, vigilancia y fiscalización en las operaciones que realicen por cuenta del tesoro en los bancos auxiliares de la tesorería municipal.

5. Elaborar el código de cuentas de todas las dependencias sometidas a su control, que administren, custodien o manejen fondos u otros bienes del municipio o del distrito; velar por el cumplimiento de las disposiciones establecidas en materia de contabilidad y resolver las consultas que al respecto formulen.

6. Ordenar los ajustes que fueren necesarios en los registros de contabilidad de los entes sujetos a su control, conforme al sistema contable fiscal de la República, los cuales estarán obligados a incorporar en el lapso que se les fije, salvo que demuestren la improcedencia de los mismos.

---

[56] Véase sentencia 900 de 06 de julio de 2000 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, *Revista de Derecho Público*, n.º 83, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 203 y ss.

[57] Ello ha sido desarrollado por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo en sentencia 2148 de 14-11, *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 203 y ss.

[58] Véase sentencia 2148 de 14 de noviembre de 2000, *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 203 y ss.

7. Realizar el examen selectivo o exhaustivo, así como la calificación de las cuentas, en la forma y oportunidad que determine la Contraloría General de la República.

8. El control de los resultados de la acción administrativa y, en general, la eficacia con que operan las entidades sujetas a su vigilancia, fiscalización y control.

9. La vigilancia para que los aportes, subsidios y otras transferencias hechas por la República u organismos públicos al municipio o a sus dependencias, entidades descentralizadas y mancomunidades, o los que hiciere el concejo municipal a otras entidades públicas privadas, sean invertidos en las finalidades para las cuales fueron efectuadas. A tal efecto, la contraloría podrá practicar inspecciones y establecer los sistemas de control que estime convenientes.

10. Velar por la formación y actualización anual del inventario de bienes, que corresponde hacer al alcalde, conforme con las normas establecidas por la Contraloría General de la República.

11. Elaborar el proyecto de presupuesto de gastos de la contraloría, el cual remitirá al alcalde, quien deberá incluirlo sin modificaciones en el proyecto de presupuesto que presentará al concejo municipal. La contraloría está facultada para ejecutar los créditos de su respectivo presupuesto, con sujeción a las leyes, reglamentos y ordenanzas respectivas.

6. *Los concejos locales de planificación pública*

Por último, como se ha analizado anteriormente, el artículo 182 C. creó los consejos locales de planificación pública, presididos por el alcalde correspondiente e integrados en cada municipio, por los concejales, los presidentes de la juntas parroquiales y representantes de organizaciones vecinales y otras de la sociedad organizada, de conformidad con las disposiciones que establezca la ley. A tal efecto, en 2002 se dictó la Ley de los consejos locales de planificación pública[59].

[59] *Gaceta Oficial* n.º 37.463 de 12 de junio de 2002.

§ 16. El régimen municipal del Distrito Metropolitano de Caracas y el Distrito Capital

I. LA DESAPARICIÓN DEL DISTRITO FEDERAL

1. *El distrito capital en sustitución del distrito federal*

De acuerdo con lo establecido en el artículo 16 C. de 1999, con el fin de organizar políticamente la República, el territorio nacional se divide "en el de los estados, el del Distrito Capital, el de las dependencias federales y el de los territorios federales".

Esta división política del territorio nacional es geográfica y cartográficamente idéntica a la que preveía el artículo 9.º C. de 1961, (salvo en cuanto a la reducción del territorio del Distrito Federal por la creación del Estado Vargas), pero con el muy importante cambio de denominación del territorio de la parte oeste del valle de Caracas, del "Distrito Federal" por el "Distrito Capital".

En efecto, una de las reformas más importantes que se produjo constitucionalmente respecto de la división política del territorio nacional, con el antes mencionado cambio de denominación, fue la *eliminación* del "Distrito Federal" como entidad política vinculada al poder nacional o federal.

Conforme al régimen constitucional anterior, no sólo le correspondía al Congreso Nacional la organización del Distrito mediante ley orgánica (Ley Orgánica del Distrito Federal), (art. 136,6), sino que correspondía al Presidente de la República, la designación del gobernador del Distrito Federal (art. 190,17), habiendo permanecido siempre, el Presidente de la República, desde la misma creación del Distrito Federal en 1864, como la superior autoridad civil y política del Distrito, quien la ejercía, precisamente, a través del gobernador del Distrito Federal, de su libre nombramiento y remoción[1].

Con la Constitución de 1999, en consecuencia, se eliminó todo vínculo del poder nacional con el territorio del antiguo Distrito Federal, el cual se sustituyó por el del Distrito Capital. Este, ahora, es parte de la división política del territorio nacional, por lo que la Ley Orgánica de División Político Territorial que habrá de dictarse en el futuro en sustitución de la vieja Ley de 1856, por supuesto, deberá incluir el territorio del Distrito Capital, en el cual también debe garantizarse la autonomía municipal y la descentralización político administrativa (art. 16).

2. *Los efectos constitucionales de la creación del distrito capital*

En las discusiones en la Asamblea Nacional Constituyente para la redacción de la Constitución de 1999, la propuesta original no fue cambiarle de nombre al Distrito Federal, sino crear un "Distrito Capital" en un territorio que abarcara mucho más que el del antiguo Distrito Federal, es decir, además de éste, el de los territorios de los municipios Chacao, Sucre, Baruta y El Hatillo del Estado Miranda, equivalente al territorio geográfico del valle de Caracas y sus zonas más próximas. Se propuso así, inicialmente, separar del Estado Mi-

---

1 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *El régimen de gobierno municipal del Distrito Federal,* Caracas, Gobernación del Distrito federal, 1968.

randa esos municipios e integrarlos territorialmente al Distrito Capital, como una nueva entidad política en el territorio nacional. Lamentablemente, factores políticos circunstanciales impidieron la solución territorial definitiva para Caracas[2], y el debate terminó con el establecimiento del Distrito Capital *única y exclusivamente en el territorio del antiguo Distrito Federal*, con la mención expresa de que debía preservarse "la integridad territorial del Estado Miranda" (Disposición transitoria primera).

En consecuencia, el Distrito Capital en la Constitución de 1999 es una parte de la división política del territorio nacional que, sin embargo, no abarca territorialmente toda la ciudad de Caracas, sino que coincide con el territorio del antiguo Distrito Federal, por lo que en forma alguna afecta o puede afectar el territorio del Estado Miranda, el cual, conforme a la voluntad del Constituyente, ha permanecido incólume. En consecuencia, conforme a la Constitución de 1999, los municipios del valle de Caracas, al este de la Quebrada Chacaíto y en línea hacia el sur, necesariamente continúan y continuarán siendo parte del territorio del Estado Miranda.

Ahora bien, la existencia ahora del Distrito Capital en sustitución del antiguo Distrito Federal implica, constitucionalmente hablando, lo siguiente: en *primer lugar,* que a todos los efectos administrativos, el Distrito Capital es una división política del territorio nacional, por lo que las unidades administrativas nacionales que actúan en el territorio nacional, pueden adoptar la división del Distrito Capital. Por ejemplo, habrá oficinas subalternas de registro del Distrito Capital, en lugar de las del Distrito Federal; habrá tribunales con jurisdicción en el Distrito Capital en lugar del Distrito Federal; y habrá unidades ministeriales, por ejemplo, educativas o de salud, con jurisdicción en el Distrito Capital en lugar del Distrito Federal.

Debe señalarse, en todo caso, que en aquellos supuestos en los cuales la ley establece una distribución territorial entre estados y el Distrito Federal, después de la Constitución, la antigua unidad territorial del Distrito Federal se convierte en unidad del Distrito Capital. Esto sucede, por ejemplo, respecto de los Colegios Profesionales cuyas leyes preveían su existencia en el Distrito Federal (*p.e*. Colegio de Médicos del Distrito Federal que se convierte en Colegio de Médicos del Distrito Capital). En efecto, de acuerdo con el texto expreso de la Ley de Abogados y de la Ley de Ejercicio de la Medicina, por ejemplo, los Colegios profesionales de abogados y médicos deben crearse y funcionar en cada entidad federal. Antes de la Constitución de 1999 existían colegios en cada uno de los estados y en el Distrito Federal, por lo que después de la Constitución de 1999 lo único que cambia es la denominación de Distrito Federal por el de Distrito Capital. En consecuencia, el antiguo Colegio de Médicos del Distrito Federal puede y debe denominarse Colegio de Médicos del Distrito Capital, siendo absolutamente contrario a la Ley de Ejercicio de la Medicina la decisión de dicho Colegio adoptada en el año 2000 de pasar a denominarse Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano de Caracas, en perjuicio de la jurisdicción del Colegio de Médicos del Estado Miranda.

En *segundo lugar,* que como entidad político territorial, al Distrito Capital le corresponde participar en la distribución del situado constitucional (una partida equivalente a un máximo del 20% del total de los ingresos ordinarios estimados anualmente por el Fisco Nacional) junto con los estados de la República (art. 167,4). Por tanto, en la asignación del situado constitucional, al Distrito Capital le corresponde igual parte que a cada uno de los estados respecto del 30% del situado constitucional; y una parte muy importante respecto del 70% restante del situado constitucional, que se reparte en proporción a la población de cada uno de los estados y del Distrito Capital.

---

2 Véase Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constituyente (Diario de Debates),* Caracas, octubre-noviembre 1999.

En *tercer lugar*, que corresponde a la Asamblea Nacional sancionar una Ley que regule la organización y régimen del Distrito Capital (art. 156,10) en cuyo territorio puede haber uno o más municipios. Es decir, una ley nacional podría establecer un régimen y organización del Distrito Capital, el cual no necesariamente tiene que conducir a crear alguna nueva "autoridad" a nivel del Distrito Capital, como incluso podría deducirse de lo indicado en el artículo 189.2 C., sino que puede perfectamente regular sólo la existencia de diversos municipios que podrían establecerse en dicho territorio (art. 18), dividiendo el actual municipio Libertador del Distrito Capital.

En *cuarto lugar,* que una ley nacional, en todo caso, es la llamada a determinar a cual autoridad corresponde administrar y ejecutar los ingresos que por situado constitucional, corresponden al Distrito Capital como entidad territorial, lo cual se ha atribuido al Distrito Metropolitano de Caracas.

3. *La relación entre el distrito capital y el distrito metropolitano de Caracas*

La Constitución de 1999, al renunciar a la creación de una entidad federal que abarcara territorialmente todo el valle de Caracas y comprendiera el territorio del antiguo Distrito Federal y el de los municipios Chacao, Sucre, Baruta y El Hatillo del Estado Miranda, desmembrando el territorio de esta entidad federal; optó por dejar incólume la división territorial del Estado Miranda y, en general, de la República, cambiando sólo el nombre del Distrito Federal por el del Distrito Capital, con las consecuencias constitucionales antes indicadas, y dejando los municipios del este del valle de Caracas, en el territorio del Estado Miranda[3].

Con base en esta división política del territorio nacional, la Constitución, además, introdujo una reforma que significó un avance sustancial en relación con la Constitución de 1961, respecto de la organización del área metropolitana de Caracas.

La Constitución de 1961, en efecto, sólo establecía que una ley especial podía *coordinar* las distintas jurisdicciones existentes dentro del área metropolitana de Caracas, sin menoscabo de la autonomía municipal (art. 11); ley especial que jamás llegó a sancionarse, a pesar de todas las propuestas que se fueron formulando. En todo caso, la Constitución de 1961 planteaba, como principio, la necesidad de coordinar las distintas jurisdicciones (nacionales, del Estado Miranda, del Distrito Federal y municipales) que existían en el Área Metropolitana de la Capital.

La Constitución de 1999, por supuesto, fue mucho más allá del sólo reconocimiento de la existencia de distintas jurisdicciones con competencias en el territorio del Área Metropolitana de Caracas y del establecimiento del principio de coordinación; al regular, en su lugar, directamente, la necesidad de establecer un *sistema de gobierno municipal para toda el área*.

3 Cfr. en general, María de los Ángeles Delfino M., "La gobernabilidad de Caracas, la Capital y el Distrito Metropolitano", *Revista de Derecho Público,* n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 107-114; Manuel Rachadell, "¿Distrito Capital o Distrito Metropolitano?", *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías,* t. III, Madrid, Universidad Central de Venezuela y Thompson-Civitas Ediciones, 2003, pp. 3271 a 3311; Alfredo De Stefano Pérez, "Aproximación al estudio del Distrito Metropolitano de Caracas", *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani,* vol. II, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 553-592; Allan R. Brewer-Carías, "Consideraciones sobre el régimen constitucional del Distrito Capital y del sistema de gobierno municipal de Caracas", *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 5-17; íd. "Consideraciones sobre el régimen constitucional del Distrito Capital y del sistema de gobierno municipal de Caracas", *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, n.º 5, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas, 2000, pp. 17-39.

En efecto, el artículo 18 C., luego de establecer que la ciudad de Caracas es la capital de la República y el asiento de los órganos del poder nacional, agregó:

Una ley especial establecerá la unidad político territorial de la ciudad de Caracas que integre en un sistema de gobierno municipal a dos niveles, los municipios del Distrito Capital y los correspondientes del Estado Miranda.

Esa Ley fue sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente como ley especial sobre el régimen del Distrito Metropolitano de Caracas de 8 de marzo de 2000[4] a la cual la sala Constitucional ha atribuido carácter de ley orgánica[5].

En todo caso, de la norma constitucional, quedó claro en *primer lugar*, que existe un territorio denominado Distrito Capital (antes Distrito Federal) y un territorio denominado Estado Miranda, como parte de la división política de la República. En consecuencia, con el establecimiento del Distrito Metropolitano de Caracas, como lo ha señalado la sentencia nº 1563 de la Sala Constitucional de 13 de diciembre de 2000[6] (caso Interpretación de la ley especial sobre el régimen del Distrito Metropolitano de Caracas), "no ha nacido ninguna nueva entidad político territorial que deje sin efecto las previstas en el artículo 16 C." (pp. 33 de 61).

En *segundo lugar,* que en dicho territorio, en lo que se refiere al área ocupada por la ciudad de Caracas como realidad urbana, debe establecerse un sistema de gobierno municipal, léase bien, *municipal*, a dos niveles, que integre en una unidad político territorial, a los municipios (que pueden y deberían ser varios) del Distrito Capital y a los correspondientes municipios del Estado Miranda donde tiene su asiento parte de la ciudad capital (Chacao, Sucre, Baruta y El Hatillo) como unidad y continuidad urbanística. Por ello, la sentencia 1563 de la Sala Constitucional antes citada del 13 de diciembre de 2000, correctamente califica al Distrito Metropolitano de Caracas como "una entidad estrictamente municipal" (pág. 32 de 61) que "forma parte del poder municipal" (pág. 35 de 61); aclarando que "no es una entidad estadal" (pág. 38 de 61).

En *tercer lugar*, que el establecimiento de la unidad político territorial de la ciudad de Caracas mediante la integración de los municipios en los cuales tiene su asiento, en un sistema de gobierno municipal a dos niveles, no afecta en forma alguna la división política de la República, que sigue siendo en estados y el Distrito Capital, ni afecta en forma alguna los territorios del Distrito Capital y del Estado Miranda, cuyo territorio, en particular, conforme a la Disposición Transitoria Primera, debe preservarse; es decir, que la organización del sistema de gobierno municipal a dos niveles en Caracas, debe preservar la integridad territorial del Estado Miranda y de los municipios del mismo. Por tanto, no es cierto, como lo ha señala la sentencia de la Sala Constitucional citada del 13 de diciembre de 2000, que supuestamente la Ley sobre el régimen del Distrito Metropolitano de Caracas le haya dado "de una vez a dicho Distrito (capital) el régimen de distrito metropolitano" (pág. 32 de 61). Tampoco es correcto afirmar, como lo ha hecho la Sala Constitucional en la antes citada sentencia, que con la creación de un distrito metropolitano se "fusionen" los municipios que integran el mismo (pág. 33 de 61 y 34 de 61). No ha habido allí fusión alguna de municipios.

---

4 *Gaceta Oficial* n.º 36.906 del 8 de marzo de 2000.

5 Véase sentencia 1563 del 13 de diciembre de 2000, *Revista de Derecho Público,* n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 98 y ss.

6 Véase el texto de la sentencia en *Revista de Derecho Público,* n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 184 y ss. En el texto, sin embargo, las referencias que hacemos a las páginas de la sentencia se refieren a las de la versión publicada en la *página web* del Tribunal Supremo.

Por último, en *cuarto lugar,* la integración de un gobierno municipal a dos niveles implica un sistema de distribución de la competencia municipal entre los dos niveles, de manera que el nivel metropolitano ejerza los aspectos metropolitanos (macro) de la competencia municipal y los niveles municipales ejerzan los aspectos locales (micro) de las mismas competencias. En la materia, por tanto, no hay "sujeción" de un nivel a otro, en el sentido de subordinación jerárquica y sólo podría hablarse de primacía normativa del nivel metropolitano. En consecuencia, no es sino desafortunada la expresión utilizada en la sentencia nº 1563 citada de la Sala Constitucional, cuando señala que habría "sujeción" de los alcaldes municipales al alcalde metropolitano, en el siguiente párrafo:

Para determinar las competencias del Distrito Metropolitano de Caracas, la Sala puntualiza que por mandato constitucional, existe un gobierno municipal de dos niveles, uno macro para toda la extensión territorial y uno micro para cada uno de los municipios que conforman al distrito.

En el nivel macro, es el alcalde metropolitano la primera autoridad civil, política y administrativa del distrito, mientras que en el nivel micro y en lo que sean competentes, los alcaldes de cada municipio son la primera autoridad civil, política y administrativa de ellos.

En consecuencia, existe en el nivel macro una sujeción de los alcaldes de los municipios integrados al alcalde metropolitano, pero éste no puede intervenir en el nivel micro, en lo que sea competencia exclusiva de los municipios que conforman el distrito (pág. 38 de 61).

El alcalde metropolitano no es ningún "alcalde Mayor" al cual se encuentren "subordinados" (sujetos) los alcaldes municipales; y además, no se puede hablar de materias de la competencia municipal "exclusiva" de alguno de los dos niveles de gobierno. Ambos son gobierno municipal, y como tales tienen el gobierno y la administración de las materias de la competencia municipal, cada nivel en los aspectos que le corresponden: los aspectos "macro", de carácter metropolitano para el nivel metropolitano; y los aspectos "micro", locales, para los municipios.

II. EL RÉGIMEN DE GOBIERNO MUNICIPAL DEL DISTRITO METROPOLITANO DE CARACAS

1. *La creación del distrito metropolitano de caracas mediante ley especial*

En ejecución del mandato establecido en la Disposición Transitoria Primera de la Constitución, conforme al artículo 18 C., la Asamblea Nacional Constituyente sancionó la Ley especial sobre el régimen del Distrito Metropolitano de Caracas de 8 de marzo de 2000[7]. En todo caso, por el hecho de que haya sido dictada por la Asamblea Nacional Constituyente, dicha ley no adquirió ningún rango distinto al de la ley y mucho menos algún rango constitucional.

Esto lo ha aclarado la Sala Constitucional en la citada sentencia nº 1563 de 13 de diciembre de 2000, donde ha dejado sentado el carácter de la Ley especial, como ley "de rango inferior a la Constitución" (pág. 29 de 61), a la cual, sin embargo, le atribuyó la naturaleza, el carácter y las características de "ley orgánica, así no se le haya dado tal denominación" (pág. 30 de 61), en virtud de que en ella se regulan materias que están contenidas en la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

---

7 *Gaceta Oficial* n.º 36.906 del 8 de marzo de 2000.

En todo caso, debe advertirse, que se trata de la Ley especial que regula el Distrito Metropolitano de Caracas, que es la exigida en el artículo 18 C., para regular, conforme a los principios generales establecidos en la Constitución para los distritos metropolitanos (art. 171), la unidad político territorial de la ciudad de Caracas que integra en un sistema de gobierno municipal a dos niveles, los municipios Libertador del Distrito Capital y Chacao, Sucre, Baruta y El Hatillo del Estado Miranda.

Por tanto, la Ley especial no es, en absoluto, la Ley del Distrito Capital a que hacen referencia los artículos 156.10 y 187.1 C., constituyendo un lamentable error de la disposición transitoria primera de la Constitución, el haber hecho referencia a una supuesta "Ley especial sobre el Régimen del Distrito Capital", cuando de lo que se trataba era de la Ley especial sobre el Distrito Metropolitano de Caracas. Sin embargo, la remisión expresa que hace la Disposición Transitoria Primera a la Ley especial "prevista en el artículo 18 C." despeja toda duda, pues esta norma no regula ley alguna del "Distrito Capital" sino de la unidad político territorial de la ciudad de Caracas que integre los municipios tanto del Distrito Capital como del Estado Miranda en los cuales la ciudad tiene su asiento, en un sistema de gobierno a dos niveles.

En todo caso, esta confusión quedó aclarada en la oportunidad de la primera discusión del "Proyecto de ley especial sobre el régimen del Distrito Capital" en la Asamblea Nacional Constituyente, sesión del 25 de enero de 2000, lo que condujo a que en la segunda discusión, sesión del 28 de enero de 2000, se hubiera modificado el título de la ley por el de Ley sobre el régimen del Distrito Metropolitano de Caracas[8]. Esos debates, lamentablemente no fueron tomados en cuenta por la Sala Constitucional en su sentencia nº 1563 del 13 de diciembre de 2000 al haber afirmado que la Asamblea Nacional Constituyente, de acuerdo con la disposición transitoria primera de la Constitución, antes de dictar la Ley sobre el régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, debió dictar la Ley sobre el Régimen del Distrito Capital (pág. 29 de 61).

En todo caso, se debe señalar que con base en lo establecido en el artículo 18 C., entonces, el artículo 1º LDMC, establece que:

> *Artículo 1º*. Esta ley tiene por objeto regular la creación del Distrito Metropolitano de Caracas como unidad político territorial de la ciudad de Caracas, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y establecer las bases de su régimen de gobierno, organización, funcionamiento, administración, competencia y recursos. El Distrito Metropolitano de Caracas goza de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de la Constitución y la ley, y su representación la ejercerán los órganos que determine la ley.

A tal efecto, el artículo 2º LDMC determinó el ámbito territorial del Distrito Metropolitano de Caracas así:

> *Artículo 2º*. Los límites del Distrito Metropolitano de Caracas son los del municipio Libertador del Distrito Capital, el cual sustituye al Distrito Federal y de los municipios Sucre, Baruta, Chacao y El Hatillo del Estado Miranda. Cualquier controversia que pudiera surgir sobre los mismos será decidida por el Tribunal Supremo de Justicia de conformidad con la Constitución y las leyes de la República, en cualquier caso, preservando la integridad territorial del Estado Miranda.

---

[8] Véase Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constituyente (Diario de Debates),* Noviembre-1999-Enero 2000, Caracas, 2000.

Sobre la necesaria posible subdivisión del municipio Libertador del Distrito Capital en otros municipios, el artículo 38 LDMC estableció que corresponde a la Asamblea Nacional "en el lapso no mayor de un (1) año a partir de su instalación" dictar las medidas para la reorganización político territorial del municipio Libertador, de conformidad con los principios de descentralización y participación contenidos en la Constitución. La ley del Distrito Capital prevista en la Constitución (art. 156,10), por tanto, en realidad sólo podría tener por objeto la división político territorial del Distrito en municipios, no siendo necesario dictarla a ningún otro efecto como lo ha exhortado la Sala Constitucional en la sentencia 1563 citada del 13 de diciembre de 2000, considerándola como "una urgente necesidad" (p. 30 de 61).

Por otra parte, en cuanto a la integración de nuevas entidades territoriales al Distrito Metropolitano de Caracas, ello debe ser aprobado por la Asamblea Nacional, mediante acuerdo (art. 29 LDMC).

2. *El sistema de gobierno municipal a dos niveles en el distrito metropolitano de Caracas*

Conforme al mencionado artículo 18 C., el artículo 3º LDMC dispuso que el Distrito Metropolitano de Caracas se organiza en un sistema de gobierno municipal a dos niveles, así:

1. El nivel metropolitano, formado por un órgano ejecutivo y un órgano legislativo, cuya jurisdicción comprende la totalidad territorial metropolitana de Caracas;

2. El nivel municipal formado por un órgano ejecutivo y un órgano legislativo en cada municipio integrante del Distrito Metropolitano de Caracas, con jurisdicción municipal.

En el Distrito Metropolitano de Caracas, el gobierno y la administración corresponden al alcalde metropolitano; y la función legislativa corresponde al cabildo metropolitano (art. 4). Por su parte, conforme a la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, en cada uno de los municipios que integran el distrito metropolitano, el poder ejecutivo lo ejerce el alcalde municipal; y el poder legislativo lo ejerce el concejo municipal, con sus respectivas competencias, de conformidad con lo establecido en la Constitución y leyes de la República (art. 5).

En el nivel metropolitano, el alcalde metropolitano es la primera autoridad civil, política y administrativa del Distrito Metropolitano de Caracas, así como los alcaldes municipales lo son en cada uno de los municipios que lo integran (art. 8).

En cuanto al cabildo metropolitano, conforme al artículo 11 LDMC, es el órgano legislativo del Distrito Metropolitano de Caracas, integrado por los concejales metropolitanos elegidos en la oportunidad y en el número determinados por la legislación electoral aplicable.

Se regula, además, en la Ley especial, al consejo de gobierno del Distrito Metropolitano de Caracas como órgano superior de consulta y asesoría del alcalde metropolitano, integrado por los alcaldes de los municipios que conforman el Distrito Metropolitano de Caracas (art. 10). Dicho consejo de gobierno, lo preside el alcalde metropolitano y se reúne a convocatoria suya (arts. 9 y 10). Se reguló así, en la ley, la figura que se había creado en los Reglamentos de la Ley Orgánica de Descentralización de 1993 (*Cuarta parte, § 13*).

Tanto el nivel metropolitano como el nivel municipal en el Distrito Metropolitano de Caracas son *gobiernos municipales* y, por tanto, sus competencias son estrictamente municipales.

Por ello, el artículo 28 LDMC, establece que las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, en el tiempo de su vigencia, así como la legislación prevista en el numeral 7 de la disposición transitoria cuarta de la Constitución, regirán para el Distrito Metropolitano de Caracas en cuanto sean aplicables.

Precisamente por este carácter *municipal* del sistema, el artículo 19 LDMC otorga al mismo "las competencias municipales atribuidas a los municipios en el artículo 178 C.". Con tal declaratoria no se produjo ningún "contrasentido con la organización municipal" como lo afirmó la Sala Constitucional en la sentencia 1563 del 13 de diciembre de 2000 (pág. 42 de 61), pues el distrito metropolitano como lo dijo la misma Sala en la misma sentencia 1563, es "una entidad estrictamente municipal" (pág. 32 de 61) que organiza un sistema de gobierno municipal a dos niveles, distrital y municipal, ambos formando parte del "poder municipal" y con las competencias establecidas en la Constitución para los municipios (art. 178). Siendo los dos niveles de carácter municipal, la ley lo que tenía que hacer era "distribuir" el ámbito de las competencias municipales en los dos niveles, pero sin pretender atribuir a alguno de los dos niveles competencias municipales exclusivas.

Por otra parte, las autoridades del Distrito Metropolitano de Caracas conforme al artículo 27 LDMC, deben velar por la estricta observancia de la normativa constitucional que consagra el proceso de descentralización como principal estrategia del desarrollo y, en tal sentido deben estimular la cooperación institucional y la armonización en relación de los dos niveles de gobierno metropolitano y entre éstos y el gobierno nacional y el del Estado Miranda.

El artículo 18 C., además, exige que la ley debía garantizar el carácter democrático y participativo del gobierno municipal en los dos niveles (art. 18). De allí que el artículo 6 LDMC, en general, disponga que:

> *Artículo 6º.* El alcalde metropolitano de Caracas, los concejales metropolitanos, los alcaldes municipales y los miembros de los concejos municipales serán electos por votación popular, universal, directa y secreta en la misma oportunidad en que se lleven a cabo las elecciones municipales en todo el país. En las correspondientes al alcalde metropolitano participarán todos los electores residentes en los municipios que integran el Distrito Metropolitano de Caracas. En las destinadas a elegir alcaldes y concejos municipales participarán los electores correspondientes al municipio respectivo.

En particular, en cuanto a las condiciones de elegibilidad de los titulares de los órganos municipales en el distrito metropolitano, la Ley especial dispone:

> *Artículo 7º.* Para ser elegido alcalde metropolitano o de alguno de sus municipios integrantes, concejales del cabildo metropolitano o de los concejos municipales, se requiere ser venezolano, mayor de veintiún (21) años de edad, de estado seglar, no estar sometido a condena mediante sentencia definitivamente firme, residencia de no menos de cinco (5) años en el área del distrito metropolitano de Caracas y estar inscrito en el Registro Electoral Permanente del mismo. Deberá, además, cumplir los requisitos establecidos en la Constitución y leyes de la República.

Los concejales metropolitanos del cabildo metropolitano, por su parte se eligen por períodos de 4 años, pudiendo ser reelegidos para un período inmediato por una sola vez. (art. 4).

3. *Las atribuciones de las autoridades metropolitanas*

En cuanto a los órganos de las autoridades municipales metropolitanas, la Ley especial definió las atribuciones tanto del alcalde metropolitano como del cabildo metropolitano.

A. *Las atribuciones del alcalde metropolitano*

En cuanto al alcalde metropolitano, el artículo 8 LDMC, le atribuye las siguientes atribuciones:

1. Cumplir y velar por el cumplimiento de la Constitución, las leyes nacionales y acuerdos y ordenanzas que dicte el cabildo metropolitano;
2. Administrar la hacienda pública metropolitana;
3. Preservar el orden público y la seguridad de las personas y propiedades;
4. Presentar al cabildo metropolitano el proyecto de presupuesto de ingresos y gastos para cada ejercicio fiscal, conforme a la ley;
5. Gerenciar y coordinar las competencias metropolitanas para unificar las áreas de servicios públicos de interés común y fijar las tasas y tarifas por los servicios;
6. Promulgar las ordenanzas dictadas por el cabildo metropolitano, dentro de los ocho (8) días de haberlas recibido. Cuando a su juicio existan razones para su revisión podrá devolverlas al cabildo metropolitano, dentro del mismo plazo, con una exposición razonada pidiendo su reconsideración. En estos casos, el Cabildo procederá a la revisión, pudiendo ratificar la ordenanza, modificarla o rechazarla por una mayoría de las tres cuartas partes de los presentes en una sola discusión, teniéndose por definitivamente firme lo que así decida;
7. Presidir el consejo de gobierno del Distrito Metropolitano de Caracas;
8. Organizar y dirigir los espacios u oficinas relativas al funcionamiento de la alcaldía Metropolitana;
9. Ejercer la representación del Distrito Metropolitano de Caracas;
10. Concurrir a las sesiones del cabildo metropolitano con derecho a palabra cuando lo considere conveniente, también deberá hacerlo cuando sea invitado por este cuerpo.
11. Dictar los decretos previstos en el ordenamiento jurídico y los reglamentos que desarrollen las ordenanzas sin alterar el espíritu, propósito o razón y los reglamentos autónomos previstos en esta ley;
12. Suscribir los contratos y concesiones de la competencia del nivel metropolitano;
13. Rendir cuenta anual de su gestión al contralor del Distrito Metropolitano de Caracas;
14. Asumir las competencias que correspondían al gobernador del Distrito Federal.

Además, corresponde al alcalde metropolitano, la coordinación de las mancomunidades metropolitanas que se establezcan entre los municipios que integran el distrito (art. 26).

B. *Las atribuciones del cabildo metropolitano*

En cuanto al cabildo metropolitano, el artículo 12 LDMC, le asigna las siguientes atribuciones:

1. Dictar su reglamento interno;
2. Sancionar ordenanzas y acuerdos sobre las materias de la competencia metropolitana;
3. Recibir informe de la gestión anual del alcalde metropolitano;

4. Aprobar o rechazar los contratos que someta a su consideración el alcalde metropolitano, cuando lo exija la legislación aplicable;

5. Designar al contralor metropolitano, de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 176 C.;

6. Considerar el proyecto de presupuesto de ingresos y gastos del distrito metropolitano de Caracas que deberá presentar el alcalde metropolitano, y pronunciarse sobre el mismo en la oportunidad y forma prevista en la legislación aplicable;

7. Las demás que le asignen el ordenamiento jurídico aplicable.

4. Las otras autoridades del distrito metropolitano de Caracas

En la Ley especial del Distrito Metropolitano de Caracas, además de las autoridades antes mencionadas, se regula la contraloría metropolitana y el procurador metropolitano.

C. *La contraloría metropolitana*

Conforme al artículo 13 LDMC, la contraloría metropolitana debe ser dirigida por un contralor designado de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y en las leyes aplicables; el cual debe durar en sus funciones 4 años, pero puede ser destituido por faltas graves calificadas por el poder ciudadano nacional (art. 15).

Le corresponde a la contraloría metropolitana el control, vigilancia y fiscalización de los bienes, ingresos y gastos del distrito metropolitano, así como las operaciones relativas a los mismos, conforme la ley y a las ordenanzas aplicables (art. 14).

D. *El procurador metropolitano*

El procurador metropolitano debe ser nombrado por el cabildo metropolitano, a propuesta del alcalde, por la aprobación de la mayoría absoluta de sus miembros, en los primeros treinta (30) días posteriores a su instalación, al iniciarse el período constitucional. Para ser procurador metropolitano se requiere ser venezolano, mayor de treinta (30) años y de profesión abogado.

La destitución del procurador metropolitano debe ser propuesta por el alcalde, previa elaboración del expediente respectivo, por fallas graves en el ejercicio de sus funciones. Dicha destitución deberá ser aprobada por la mayoría absoluta de los miembros del cabildo metropolitano (art. 16).

El artículo 17 LDMC le asigna al procurador metropolitano las siguientes competencias: sostener y defender, judicial y extrajudicialmente los derechos del Distrito Metropolitano de Caracas en todos los asuntos y negocios en las cuales tenga interés el distrito, conforme a las instrucciones del alcalde metropolitano. Además, está obligado a advertir a los funcionarios y empleados metropolitanos sobre las faltas que observe en el desempeño de sus funciones y solicitar su destitución en caso de reincidencia.

Para facilitar las funciones del procurador metropolitano, el artículo 18 LDMC señala que todo ciudadano que tenga información sobre alguna situación que afecte los derechos del Distrito Metropolitano de Caracas, que debe ser conocido prevenido o evitado por el procurador metropolitano lo debe comunicar, a éste, a fin de que proceda en consecuencia.

E. *Consejo metropolitano de planificación de políticas públicas*

El artículo 33 LDMC creó el consejo metropolitano de planificación de políticas públicas, presidido por el alcalde metropolitano e integrado por los alcaldes de los municipios que conforman el Distrito Metropolitano de Caracas, un concejal de cada uno de estos mu-

nicipios, un representante del Ejecutivo nacional, un representante de la gobernación del Estado Miranda, los presidentes de las juntas parroquiales, por representantes de las organizaciones vecinales y otras de la sociedad organizada de conformidad con la Constitución y la ley.

Por otra parte, dispuso la Ley especial que cuando se tratasen temas concernientes al Distrito Metropolitano de Caracas, los consejos de gobierno y planificación tanto nacionales como del Estado Miranda deberán invitar al alcalde metropolitano de Caracas (art. 34); cuando se trate de la consideración de temas que afecten o sean de interés del Estado Miranda, el cabildo metropolitano y el consejo de gobierno metropolitano, deben invitar con derecho a voz al gobernador de esa entidad (art. 35).

III. LA DISTRIBUCIÓN DEL ÁMBITO DE COMPETENCIAS MUNICIPALES EN LOS DOS NIVELES DE GOBIERNO MUNICIPAL EN EL DISTRITO METROPOLITANO

1. *Lo macro y lo micro en la distribución de competencias*

Como se ha dicho, de acuerdo con el artículo 19 LDMC, el Distrito Metropolitano de Caracas, es decir, los dos niveles de gobierno municipal que funcionan en el mismo tienen las competencias establecidas en el artículo 178 C. de la República y en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal para todos los municipios.

Es decir, como lo precisa la sentencia 1563 de la Sala Constitucional de 13 de diciembre de 2000, en el Distrito Metropolitano de Caracas, "existe un gobierno municipal a dos niveles, uno "*macro"* para toda la extensión territorial y no "*micro*" para cada uno de los municipios que conforman al Distrito" (pág. 38 de 61).

Por tanto, ambos niveles "macro" y "micro" son gobiernos municipales con competencias municipales, por lo que la distribución del ámbito de las mismas entre los dos niveles debe seguir el mismo criterio: lo "macro" de las competencias debe corresponder al distrito metropolitano y lo "micro" de las mismas competencias a los municipios que lo integran.

Bajo ese ángulo es que, en nuestro criterio, tiene que analizarse el artículo 19 LDMC, cuando señala que el nivel metropolitano de Caracas tiene competencias en las siguientes materias:

1. El acueducto metropolitano de Caracas;
2. Distribución y venta de electricidad y gas doméstico;
3. Planificación y ordenación urbanística, ambiental, arquitectura civil y viviendas de interés social;
4. Vialidad urbana, circulación y ordenación del tránsito de vehículos en el área metropolitana;
5. Los servicios de transporte urbano intermunicipal de pasajeros del Distrito Metropolitano de Caracas;
6. Protección civil y seguridad de precaución y administración de emergencia o desastre y prestación de servicio del cuerpo de bomberos;
7. Institutos metropolitanos de créditos;

8. Servicios de policía de orden público en el ámbito metropolitano, así como de policía administrativa con fines de vigilancia y fiscalización en las materias de su competencia;

9. Promover y coordinar conjuntamente con los municipios del distrito capital el desarrollo de acciones que garanticen la salud pública en el marco de las políticas nacionales de salud;

10. La normativa para armonizar de las tasas y definir principios, parámetros y limitaciones para el ejercicio de la potestad fiscal de los municipios que integran el distrito metropolitano.

11. Tratamiento y disposición de residuos sólidos;

12. Parques y espacios abiertos de carácter metropolitano; y,

13. Las demás que le sean atribuidas por el poder nacional y que no estén expresamente señaladas como de la competencia nacional o municipal.

Además de las competencias antes indicadas, la Asamblea Nacional puede atribuir al Distrito Metropolitano de Caracas determinadas competencias nacionales con el fin de promover la descentralización política y administrativa (art. 32). Cuando la Asamblea Nacional legisle sobre materias relativas al Distrito Metropolitano de Caracas, debe "consultar a las autoridades del mismo" (art. 31).

De acuerdo con el mismo artículo 19 LDMC, las actuaciones metropolitanas se deben realizar en un marco de participación vecinal tomando en cuenta las opiniones e iniciativas de las autoridades de las entidades municipales integradas en el área metropolitana, en el proceso de definición de políticas, planes y proyectos, control y evaluación de los resultados de la gestión.

Ahora bien, en relación con el artículo 19 LDMC, debe señalarse, ante todo, que la identificación de competencias, que contiene, todas municipales, como correspondientes al nivel metropolitano, sólo tuvo por objeto identificar, con precisión, cuáles de todas las competencias municipales exigían su ejercicio (no excluyente) a nivel metropolitano, además del ejercicio a nivel local municipal. Por ello, en ningún caso puede identificarse esta enumeración como excluyente del nivel local municipal, y como una atribución de competencias exclusivas al nivel metropolitano, pues ello sería inconstitucional. Se trató, sólo, de indicar qué materias de la competencia municipal debían ser necesariamente compartidas o concurrentes entre los dos niveles de gobierno municipal.

En relación al alcance de estas competencias del nivel metropolitano, las cuales son por supuesto *concurrentes* con las del nivel municipal (todas son competencias municipales), la Sala Constitucional se ha pronunciado en una forma totalmente incorrecta, en la sentencia 1563 del 13 de diciembre de 2000, antes citada, señalando que en virtud de la enumeración del antes citado artículo 19 LDMC, entonces:

> *[Por] exclusión* con las competencias anteriores expresamente señaladas, corresponde a los municipios en particular, gobernar y administrar en lo concerniente a la vida local, en las siguientes áreas, que señala la Sala a título enunciativo, y que contempla tanto la Constitución como la Ley Orgánica de Régimen Municipal:
>
> 1. Tránsito local y patrimonio histórico.
>
> 2. Sitios de recreación.
>
> 3. Ornato público.

4. Nomenclatura.

5. Transporte público urbano dentro del municipio.

6. Espectáculos públicos.

7. Publicidad comercial.

8. Protección del ambiente.

9. Aseo urbano y domiciliario, comprendido la limpieza y recolección de basura y residuos, exceptuando el tratamiento y disposición de los residuos sólidos.

10. Parques, jardines y plazas, destinados por sus instalaciones a prestar servicios a la población del municipio.

11. Atención primaria en salud.

12. Servicios de protección a la primera y segunda infancia, a la adolescencia y a la tercera edad.

13. Educación preescolar.

14. Servicios de integración familiar de las personas con discapacidad, al desarrollo comunitario.

15. Actividades e instalaciones culturales y deportivas.

16. Cementerios y servicios funerarios.

17. Canalización de aguas servidas y alcantarillado

18. Justicia de paz.

19. Servicios de prevención y protección, vigilancia y control de los bienes y ejidos, y las actividades relativas a las materias de competencia municipal. (pág. 43 de 61).

El ejercicio que realizó la Sala Constitucional con este planteamiento es completamente incongruente con los fundamentos de la sentencia misma y contradice el encabezamiento del mismo artículo 19 LDMC, por lo que en definitiva, es inconstitucional.

En efecto, los dos niveles de gobierno ("macro" y "micro", para usar la terminología de la Sala) son *municipales*, y sus competencias son las *municipales* enumeradas en el artículo 178 C. La enumeración que hizo el artículo 19 LDMC, fue un intento del legislador de precisar aspectos "macro" de las competencias municipales que correspondían al nivel metropolitano, sin que ello pudiera significar que se excluyeran las competencias "micro" en *las mismas materias* que corresponden a los municipios.

En consecuencia, es totalmente equivocada la operación de "sustracción" o "resta" que arbitrariamente hizo la Sala Constitucional, de "quitarle" a los municipios del Área Metropolitana de Caracas parte de sus competencias constitucionales (art. 178) y pretender crear una exclusión y una "materia" de competencia municipales exclusivas del nivel distrital metropolitano. La Sala debió sólo interpretar en las mismas competencias municipales, conforme a la enumeración del artículo 19, qué ámbito "macro" correspondía al nivel distrital metropolitano y qué ámbito "micro" correspondía al nivel municipal.

En consecuencia, estimamos que la Sala partió de una premisa falsa y, por tanto, errada, al analizar la distribución de competencias entre los dos niveles de gobierno municipal en el Distrito Metropolitano de Caracas. La enumeración del artículo 19 LDMC nunca podría ser exclusiva ni excluyente sobre "la materia" de la competencia municipal de manera que se

pudiera concluir, como lo hizo la Sala, que "por exclusión" de lo indicado en el artículo 19 (supuesta materia de la competencia municipal exclusiva del nivel distrital metropolitano) habría, por tanto, "otras" materias de la competencia municipal que serían "exclusivas" de los municipios del Distrito.

La Sala se equivocó; lo que debía y podía hacer en este caso era precisar e interpretar, no qué "materias" de la competencia municipal correspondían a uno y otro nivel de gobierno (ambos municipales), en forma exclusiva, lo cual era y es contrario a la Constitución; sino qué aspecto "macro" de las competencias municipales correspondían al nivel metropolitano y qué aspecto "micro" de las mismas competencias municipales correspondían a los municipios; pues como competencias municipales, las enumeradas en el artículo 178 C. son siempre *concurrentes* entre los dos niveles de gobierno.

En todo caso, teniendo en cuenta los aspectos resaltantes de la sentencia n.º 1563 de la Sala Constitucional, en nuestro criterio, la siguiente sería la distribución de los ámbitos de las competencias municipales en los dos niveles de gobierno municipal en el Distrito Metropolitano de Caracas, conforme a la enumeración del artículo 178 C. y a la orientación del artículo 19 LDMC.

Seguimos, en este análisis, el orden enumerativo del artículo 178 C., pero refiriéndonos única y exclusivamente a las materias de la competencia municipal incluidas en el artículo 19 LDMC.

2. *Ordenación territorial y urbanística*

En el artículo 178.1 C. se atribuye a los municipios competencia exclusiva, "en cuanto concierne a la vida local", en la materia de "ordenación territorial y urbanística"; y el artículo 19.3 LDMC, identifica como competencia del nivel metropolitano, un aspecto de dicha competencia, que es la "planificación y ordenación urbanística.

Ahora bien, conforme al artículo 128 C., como ya se ha analizado, la ordenación del territorio es una política del "Estado" (en sus tres niveles territoriales), correspondiendo al poder nacional exclusivamente dictar la ley orgánica de la materia. El poder nacional también tiene competencia exclusiva para dictar la legislación sobre ordenación urbanística (art. 156.19), así como para el establecimiento, coordinación y unificación de normas y procedimientos técnicos para obras de ingeniería, de arquitectura y de urbanismo (art. 156.19).

En particular, además, corresponde a los municipios, ejercer competencias exclusivas, en cuanto concierne a la vida local, en materia de "ordenación territorial y urbanística" (art. 178.1). Esta es una competencia municipal de orden constitucional que no se le puede "quitar" a ningún municipio y menos cuando se organiza un distrito metropolitano. En estos casos, como debe suceder en el de Caracas, lo que el legislador y su intérprete deben hacer es distribuir los ámbitos "macro" y "micro" de la misma materia, que corresponden al nivel distrital metropolitano y al nivel municipal.

En tal sentido, por el hecho de que la Ley especial haya previsto para el nivel metropolitano, "la planificación y ordenación urbanística y la arquitectura civil" (art. 19.3), ello no significa que, en consecuencia, los municipios del Área Metropolitana de Caracas hubieran perdido totalmente competencia en esas materias y le quede sólo el "ornato público", por ejemplo, como lo indica la sentencia 1563 de la Sala Constitucional. Ello no sólo sería inconstitucional, sino contrario a la lógica metropolitana.

Cuando la Ley especial atribuyó al nivel metropolitano la competencia en materia de "planificación y ordenación urbanística" y la "arquitectura civil" fue considerando que en relación a esa competencia municipal no sólo había aspectos "locales", sino "metropolita-

nos", de manera que el ejercicio de la competencia tenía y tiene que distribuirse en los dos niveles. Esa distribución debe realizarse, precisamente, distinguiendo los aspectos "macro" de los aspectos "micro" en la materia.

El plan general de ordenación urbanística de toda la ciudad de Caracas, por supuesto, corresponde al nivel metropolitano, pero los planes de desarrollo urbano local y el detalle de la zonificación urbanística, conforme a las indicaciones del Plan General, tienen que corresponder al nivel municipal, es decir, a cada municipio.

Ahora bien, en esta materia de la ordenación urbanística, la sentencia 1563 de la Sala Constitucional hizo las siguientes consideraciones:

Corresponde al nivel metropolitano la planificación y ordenación urbanística y ambiental del área territorial donde ejerce sus competencias. Esto presupone una ordenación legal referente a lo general del área, pero no impide una particular dictada por cada municipio en lo que es propio y que no choque con la general.

Tratándose de un territorio con problemas comunes, y donde el desarrollo de un sector puede perjudicar a otro en lo urbanístico, en lo ambiental o en lo vial, lo lógico es que una ordenanza del cabildo metropolitano cree los organismos de planificación necesarios, y las normas generales de planificación urbanística, ambiental, de vialidad, urbana, arquitectura civil y viviendas de interés social, que regirán todo el distrito metropolitano.

Mientras las ordenanzas no se promulguen, quedan vigentes las ordenanzas de cada municipio, quienes no deberán modificarlas, hasta que los lineamientos generales en estas materias sean dictados por el cabildo metropolitano. Todo ello a su vez debe adaptarse a lo que la legislación y la política nacional sobre viviendas disponga, ya que es un principio que lo que es competencia del poder nacional, no puede colisionar con lo que es competencia del poder municipal. (p. 47 de 61).

La Sala Constitucional, lamentablemente, no fue lo exacto que se requería fuera en esta materia. Reconoció que la competencia en la materia es una competencia compartida entre los dos niveles de gobierno municipal, e indicó correctamente que, en particular, corresponde al concejo metropolitano de Caracas, dictar mediante ordenanza el régimen de distribución del ejercicio de la competencia, conforme a lo "macro" y lo "micro", entre el nivel metropolitano y el nivel municipal.

Con razón señaló la sentencia 1563 que mientras se dicte la ordenanza metropolitana, continuaría vigente todo el sistema normativo municipal (ordenanzas de planificación urbana local y de zonificación) pero en una afirmación sin asidero jurídico ni lógico urbanístico, señaló que mientras no se dictara a nivel metropolitano el plan general de ordenación urbanística de Caracas, los municipios no podían modificar sus ordenanzas. Esto no tiene sentido alguno desde el punto de vista del ejercicio de las competencias municipales ni desde el punto de vista urbanístico. Recuérdese, por ejemplo, que la Ley Orgánica de para la planificación y gestión de la ordenación del territorio, como antes lo establecía la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, al prever el sistema jerarquizado y graduado de planes (nacionales, regionales, de ordenación urbanística, de desarrollo urbano local y especial), indicó expresamente que la ausencia de uno de nivel superior, no impide que se aprueben los de nivel inferior. Así, el artículo 115 LOPGOT dispone:

La ausencia de planes de ámbito territorial superior no será impedimento para la formulación y ejecución de los demás planes del sistema integrado de planificación.

Una vez que los planes de ámbito territorial superior entren en vigencia, los planes elaborados previamente deberán revisarse y adaptarse a las previsiones correspondientes.

Esta norma, que equivale al artículo 18 de la derogada Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, y el principio que la integraba está vigentes, de manera que la "interpretación" que hizo la Sala Constitucional, por no ser de una norma constitucional, no es vinculante. En consecuencia, la mención que hace la sentencia 1563 de que las ordenanzas de planificación urbana local y de zonificación de los municipios no pueden ser modificadas "hasta que los lineamientos generales en estas materias sean dictados por el cabildo metropolitano", no es más que una apreciación errada del ordenamiento jurídico en esta materia, que no tiene carácter vinculante.

Ahora bien, conforme a la Constitución, tanto el nivel metropolitano como el nivel municipal en el Distrito Metropolitano de Caracas, tienen competencia municipal en materia de "ordenación territorial y urbanística" en cuanto concierne a la vida local (art. 178.1 C.).

En consecuencia, en esta materia, que es concurrente y compartida entre los dos niveles de gobierno municipal de Caracas, la asignación de competencia al nivel metropolitano en materia de "planificación y ordenación urbanística" (art. 19,3 LDMC), lo que persigue es precisar, expresamente, que la materia tiene un nivel "macro" (para toda la ciudad) que corresponde al nivel metropolitano y un nivel "micro" que corresponde a los municipios.

En materia de planificación urbanística, la distribución de la competencia entre los dos niveles por la Ley especial debe seguir la orientación de la Ley Orgánica para la planificación y gestión de la ordenación del territorio, por lo que corresponde al nivel metropolitano el Plan de Ordenación Urbanística (art. 21 y ss.) de toda la ciudad de Caracas (en lugar de al Ministerio de Infraestructura, antiguo Ministerio de Desarrollo Urbano) y a los niveles municipales, los planes de desarrollo urbano local (arts. 34 y ss.), con todas las implicaciones y diferencias que establece la Ley Orgánica de para la planificación y gestión de la ordenación del territorio, que regula la ordenación urbanística.

3. *Arquitectura civil*

La materia "arquitectura civil" se atribuye en la Constitución a los municipios como competencia exclusiva "en cuanto concierne a la vida local" (art. 178,1), y en la Ley especial se identifica como una competencia del nivel metropolitano (art. 19.3).

Ahora bien, sobre esa materia en la ciudad de Caracas, conforme a lo antes argumentado, tanto el nivel metropolitano como el nivel municipal tienen competencias, y lo que debe distinguir la ordenanza respectiva que dicte el cabildo metropolitano son los aspectos "macros" que corresponderían al nivel metropolitano, de los aspectos "micros" que corresponden a los municipios.

La arquitectura civil, conforme a la tradición legal municipal, es la disciplina que regula las normas básicas de diseño de las edificaciones en cuanto a alturas, fachadas, retiros, densidades, y otros elementos. Sin duda, para la ordenación urbanística de una ciudad metropolitana puede haber aspectos "macro" de arquitectura civil para establecer criterios generales uniformes, pero en general, se tratará de aspectos "micro" que debe ser definido por cada municipio, de acuerdo con sus características y peculiaridades dentro de la ciudad. Sólo los aspectos "macro" serían los que caerían dentro de las competencias del cabildo metropolitano, y ello debe determinarse en la ordenanza metropolitana respectiva.

4. *Viviendas de interés social*

El artículo 178.1 C. atribuye a los municipios competencia exclusiva "en cuanto concierne a la vida local" en materia de "vivienda de interés social"; y el artículo 19.3 LDMC identifica la misma materia como competencia del nivel metropolitano.

Como se ha dicho, esto último no excluye la competencia de los municipios en la materia, y lo que hay que precisar en el Distrito Metropolitano de Caracas, es cuáles aspectos "macro" de esa materia corresponden a las autoridades del nivel metropolitano y cuáles a los municipios del área metropolitana de Caracas. Uno y otro nivel tienen competencias en la materia, por lo que el cabildo metropolitano es la entidad que debe distribuir el ejercicio de esa competencia por los dos niveles.

5. *Parques y recreación*

El mismo artículo 178.1 C. atribuye a los municipios competencia exclusiva "en cuanto concierne a la vida local", en materia de "parques y jardines, plazas, balnearios y otros sitios de recreación". Esta es una competencia municipal que se ejerce en el Área Metropolitana de Caracas por los dos niveles de gobierno municipal, en sus aspectos "macro" y "micro", respectivamente. Por ello, el artículo 19.12 LDMC identifica como competencia del nivel metropolitano "parques y espacios abiertos de *carácter metropolitano*", y no podía ser de otra forma. Como más o menos lo comenta la sentencia 1563 citada de la Sala Constitucional.

No se trata de cualquier tipo de parque o espacio abierto. Es necesario puntualizar que parque es diferente a instalación deportiva, y que se refiere a un terreno destinado a jardines y arbolado para recreo y ornato, así como el lugar donde se exponen plantas (jardines botánicos), animales (parques zoológicos), o peces (acuarios).

Pero lo importante de los parques es que ellos son metropolitanos, lo que significa que por su capacidad y contenido estético, cultural o de otra naturaleza, resultan atractivos para la población del Distrito a fines de recreación, esparcimiento, o adquisición de conocimientos técnicos o científicos. Por lo tanto, parques que no reúnen tales características, como lugares de menor capacidad o atractivos, serán parques municipales administrados por los propios municipios. Con la voz espacios abiertos que utiliza el numeral 12 citado, considera la Sala que se refiere a lugares de diversión o recreo en descampado, el cual sí tiene capacidad suficiente para atraer una masa de personas, adquiere el carácter de metropolitano, ya que sirve a la metrópolis. Es sobre estos espacios que tiene competencia el distrito metropolitano, así se encuentren en otros municipios, y que puede administrarlos si son propiedad de cualquiera de los municipios que integran al Distrito (pág. 53 de 61).

6. *Vialidad urbana*

La Constitución atribuye a los municipios competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de "vialidad urbana" (art. 178.2); y esa misma competencia la identifica la Ley especial como del nivel metropolitano (art. 19.4). Ello no significa, por supuesto, que pueda pretenderse que los municipios del área metropolitana hayan dejado de tener competencia en la materia; lo que significa es que en materia de vialidad urbana debe distinguirse la que es de carácter metropolitano, intermunicipal o que permite trasladarse en toda el área (p. ej. autopistas metropolitanas), de la que es puramente local, intramunicipal. Allí está también lo "macro" y lo "micro" que debe distinguirse en la materia para la distribución de la competencia.

7. *Circulación y ordenación del tránsito de vehículos*

El artículo 178.2 C., atribuye a los municipios competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de "circulación y ordenación del tránsito de vehículos y personas en vías municipales"; y el artículo 19, ordinal 4 de la Ley especial, identifica como competencia del nivel metropolitano, la "circulación y ordenación del tránsito de vehículos en el área metropolitana".

La competencia es municipal, pero la distribución entre el nivel metropolitano y el municipal es lo que deben hacer las ordenanzas del cabildo metropolitano habrá aspectos que se deben regular a nivel de toda el área metropolitana (por ejemplo, días de circulación de vehículos u horas de circulación de vehículos de carga) pero habrá aspectos que deben ser regulados a nivel local municipal (horas de descarga, por ejemplo, o instalación de parquímetros)[9].

Sobre esto, la sentencia 1563 de la Sala Constitucional trae comentarios, algunos ambiguos y otros confusos, como los siguientes:

La ordenación del tránsito de vehículos en el área metropolitana es tarea del Distrito, debido a la interconexión que tienen las vías de los municipios integrados.

Tal ordenación tiene un sector normativo y otro ejecutivo. Ambos sectores corresponden a las autoridades competentes del distrito metropolitano.

Los artículos 4 y 51 de la Ley de Tránsito Terrestre, atribuyen competencia a los municipios, para ordenar el tránsito de vehículos y personas en las vías urbanas (ordinal 6 del artículo 36 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal); y como la sola función normativa no basta, los servicios en materia de transporte y tránsito terrestre que por su naturaleza no sean de la competencia del poder nacional, podrán ser transferidas a los municipios, y por ende, al Distrito Metropolitano de Caracas (pág. 49 de 61).

En otra parte de la sentencia 1563, al referirse a la policía de circulación y tránsito, la Sala Constitucional señala:

Entre sus funciones están el control y vigilancia del tránsito terrestre en el área metropolitana, ya que conforme el artículo 49 de la Ley de Tránsito Terrestre, a las policías municipales les puede corresponder el control y vigilancia del tránsito en sus demarcaciones territoriales. Siendo competencia del distrito metropolitano, la vialidad urbana, y la circulación y ordenación del tránsito de vehículos en el área metropolitana, corresponde a las policías municipales ser autoridad administrativa de tránsito terrestre, exclusivamente para el control y vigilancia del mismo. Las ordenanzas que dicte el cabildo metropolitano regularán el funcionamiento de dichas policías (pág. 50 de 61).

8. *El transporte urbano*

La Constitución atribuye a los municipios competencia exclusiva, "en cuanto concierne a la vida local", en materia de "servicios de transporte público urbano de pasajeros" (art. 178.2). De esta indicación resulta que no son de la competencia municipal los servicios de transporte *extra urbanos*, es decir, que salen de una ciudad hacia otra, que competen al poder nacional.

Ahora bien, en relación con los servicios de transporte urbano, la Ley especial precisó que corresponden al nivel metropolitano, "los servicios de transporte urbano intermunicipal de pasajeros del distrito metropolitano" (art. 19.5).

Conforme a lo anterior, por tanto, corresponden al nivel metropolitano los servicios de transporte urbano *intermunicipal*, es decir, entre los municipios del área metropolitana; por lo que corresponde a los municipios del área metropolitana, los servicios de transporte urbano *intramunicipal,* en cada municipio.

Sobre esta competencia, la Sala Constitucional, en unos confusos párrafos, señaló lo siguiente:

---

9 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Aspectos institucionales del transporte y tránsito en el Área Metropolitana de Caracas,* Caracas, Fondo Editorial Común, 1971.

Al distrito metropolitano también competen los servicios de transporte urbano intermunicipal de pasajeros.

¿Qué es lo que le compete? Para dar respuesta a tal pregunta, la Sala debe puntualizar que los municipios -y por ende el Distrito Metropolitano de Caracas- gobiernan y administran los bienes municipales o locales. Dentro de sus territorios ordenan (legalmente) y promocionan el desarrollo económico y social; dotan (construyen) y prestan los servicios públicos domiciliarios, por sí mismos o mediante concesión; legislan en las áreas señaladas en los ocho numerales del artículo 178 C. vigente, y promueven la participación de la comunidad, ya que se trata del mejoramiento de sus condiciones de vida; y además, aplican la política inquilinaria conforme a la ley.

Dentro de la dotación y prestación de servicios, el municipio puede incidir en las áreas a que se refiere el artículo 178, construyendo las instalaciones necesarias para los servicios públicos, pero ello no quiere decir que el Ejecutivo nacional, o los particulares están obligados a ceder las construcciones, instalaciones y servicios ya existentes, para que los preste el municipio.

En este orden de ideas, los municipios pueden -según la Ley Orgánica de Régimen Municipal- prestar directamente servicios de transporte urbano de pasajeros, pueden legislar sobre ellos, pero en materia de transporte urbano intermunicipal, dentro de dos o más municipios de un distrito metropolitano, es el cabildo metropolitano quien puede legislar, derogando la normativa municipal existente, y quien puede crear una policía de transporte y de circulación exclusiva del distrito metropolitano.

Según el decreto con Rango y Fuerza de Ley de Reforma del decreto con Rango y Fuerza de Ley sobre adscripción de institutos autónomos y fundaciones del Estado (publicado en la *Gaceta Oficial* nº 5.395 Extraordinario del 25 de octubre de 1999), se adscribió al Ministerio de Infraestructura la Compañía Anónima Metro de Caracas (CAMETRO); por lo tanto, la República debe ser el propietario de las acciones de dicha compañía anónima y sólo mediante el procedimiento señalado en el Capítulo II de este fallo, relativo a las posibilidades de transferencia, podría el distrito metropolitano acceder a dicho sistema de transporte.

Ahora bien, los permisos para la instalación de dichos sistemas, y su expansión, nuevas estaciones, etc., son de la competencia del distrito metropolitano, quien deberá legislar al respecto sin menoscabo de las competencias del alcalde. (pág. 46 de 61 y 47 de 61).

En otra parte de la sentencia 1563 (VIII. Transporte urbano), la Sala Constitucional señaló lo siguiente:

A continuación, pasa la Sala a interpretar, conforme a lo solicitado en la Interpretación nº 4 del escrito que origina esta causa, el alcance de la competencia referida al servicio de transporte urbano intermunicipal de pasajeros del Distrito Metropolitano de Caracas.

Como antes se dijo, se trata de una competencia municipal contemplada en el ordinal 7º del artículo 36 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (7º: servicio de transporte público urbano y de pasajeros).

Tal competencia significa que el transporte público urbano de pasajeros puede ser normatizado por las municipalidades respectivas, e incluso pueden prestarlos con las unidades de transporte que consideren convenientes (de superficie o subterráneas). Ello no obsta para que ese transporte, mediante concesiones, sea prestado por empresas privadas, conforme a lo que las ordenanzas municipales pauten.

Entre las competencias del distrito metropolitano se encuentra la materia de servicios de transporte intermunicipal de pasajeros en el Distrito Metropolitano de Caracas. Luego, los organismos de este distrito regulan el transporte urbano que se practique entre los di-

versos municipios, y así como se regula tal transporte de pasajeros, igualmente el distrito debe organizar y normar el transporte urbano de pasajeros que de sus límites territoriales salen, ya que ello es parte el transporte intermunicipal.

La Sala reitera, que el transporte intermunicipal puede ser prestado por el distrito metropolitano, pero el que prestaban entes particulares o entes nacionales, conforme a la ley, no puede serles negado, y como antes se apuntó, no surge de la Ley especial sobre el régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, transferencia *ope legis* de los servicios nacionales al distrito en lo que corresponden a las competencias atribuidas por el artículo 19 *eiusdem.*

La Ley de los Sistemas Metropolitanos de Transporte, no ha sido derogada, ni se opone a la Ley especial sobre el régimen del Distrito Metropolitano de Caracas; y como lo expresa el artículo 4 de aquella ley, el servicio público de los sistemas metropolitanos de transporte lo presta la Administración Pública nacional, quien además fija las tarifas (artículo 6 de la mencionada ley). También corresponde a la Administración nacional ejercer las funciones de seguridad en las áreas del Metro (al cual se refiere la ley), las que puede delegar en un órgano policial preexistente, como la policía metropolitana, por ejemplo, de acuerdo al artículo 14 *eiusdem.*

Como a estos sistemas de transporte no le es aplicable la Ley de Ferrocarriles, ella tampoco es aplicable al transporte intermunicipal mediante sistemas rápidos que utilicen trenes sobre vías de uso exclusivo, que circulan en el ámbito del área metropolitana y sus alrededores.

Como la planificación y ordenación urbanística corresponde al distrito metropolitano, en lo que atañe a su territorio, la construcción de nuevas vías para trenes de transporte, así como estaciones y otros servicios, toca al distrito metropolitano aprobarlo, de acuerdo a los planes de ordenación urbanística y de vialidad urbana y ordenación del tránsito de vehículos del área metropolitana, ya que el numeral 4 del artículo 19 de la Ley especial sobre el régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, no distingue sobre la clase de vialidad, si es o no subterránea […]

[…] Los transportes metropolitanos mediante trenes, los cuales son distintos a los ferrocarriles nacionales, no son de la competencia exclusiva del poder público nacional, y por ello pueden ser transferidos a los distritos metropolitanos (pp. 47 de 61, 48 de 61 y 49 de 61).

De estos párrafos se destaca la afirmación de la Sala, totalmente contraria a la Constitución, que atribuye al nivel metropolitano la regulación del transporte intermunicipal, no sólo entre los municipios del distrito metropolitano, que es donde sólo tiene competencia, sino "el que sale de sus límites territoriales" es decir, el de carácter *extra urbano*, que compete al poder nacional.

Todas las consideraciones sobre si las empresas que prestan los servicios deben o no transferir sus bienes a las autoridades metropolitanas no tienen sentido alguno, pues esas empresas operan concesiones de servicios públicos. Lo que se transfiere a la autoridad metropolitana es la regulación de las concesiones, como ente concesionario, y nada más.

9. *Protección del ambiente*

La Constitución atribuye a los municipios competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de "protección del ambiente y cooperación con el saneamiento ambiental" (art. 178.4). Por su parte, la Ley especial identifica como competencia del nivel metropolitano la "planificación y ordenación… ambiental" (art. 19.3).

En esta materia, por tanto, los municipios siguen teniendo su competencia constitucional en la materia, y lo que se refiere al nivel metropolitano es un aspecto "macro" de la misma, que se concreta en la "planificación" y ordenación ambiental" de carácter metropolitanas.

10. *Tratamiento de residuos sólidos*

El artículo 178.4 C. atribuye a los municipios competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de "aseo urbano y domiciliario, comprendidos los servicios de limpieza, de recolección y tratamiento de residuos". Es una competencia municipal que en Caracas se ejerce por los dos niveles de gobierno.

Para contribuir a definir lo que corresponde al nivel "macro", la Ley especial indicó como competencia del nivel metropolitano "el tratamiento y disposición de residuos sólidos" (art. 19.11), por lo que la limpieza y recolección continúan en el nivel municipal.

Por ello, la Sala Constitucional, en esta materia, señaló en la antes citada sentencia 1563:

> [En] lo particular, el tratamiento de residuos sólidos es competencia del distrito metropolitano, por lo que en sus límites puede legislar sobre ellos y construir o dar en concesiones las plantas para su manejo.
>
> Los residuos sólidos y su transporte son el resultado por lo recolectado por el aseo urbano domiciliario, que corresponde a los municipios que integran al distrito metropolitano, mientras que su tratamiento y disposición serán dirigidos y legislados por el distrito metropolitano (pág. 54 de 61).

11. *Protección civil*

El artículo 178.4 C. atribuye a los municipios competencia en materia de "protección civil" y el artículo 332 considera a los servicios de seguridad ciudadana, entre ellos la administración de emergencias de carácter civil y de desastres, como materia de competencia concurrente entre el poder nacional, el poder estadal y el poder municipal.

Ahora bien, la Ley especial identificó como del nivel metropolitano la competencia en materia de "protección civil y seguridad de precaución y administración de emergencias o desastres y prestación de servicio de cuerpo de bomberos" (art. 19.6).

En esta materia, de nuevo, la competencia municipal debe distribuirse entre los dos niveles, conforme a los aspectos "macro" o "micro" de la misma, de manera que correspondan al nivel metropolitano los servicios que sean de ese carácter metropolitano, correspondiendo a los municipios, los locales. Corresponde al cabildo metropolitano, mediante ordenanza, la distribución de la competencia municipal entre los dos niveles de gobierno municipal.

12. *Salud*

Los municipios tienen competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, conforme a la Constitución, en materia de "salubridad y atención primaria en salud" (art. 178.,5). En el distrito metropolitano, esa competencia corresponde a los dos niveles de gobierno, debiendo el cabildo metropolitano distribuir entre los aspectos "macro" de carácter metropolitano y los de ámbito "micro" local municipal.

En todo caso, el artículo 19.9 LDMC sólo indicó como de carácter "macro" la competencia del nivel metropolitano para:

Promover y coordinar conjuntamente con los municipios del distrito metropolitano, el desarrollo de acciones que garanticen la salud pública en el marco de las políticas nacionales de salud.

13. ***Los servicios públicos domiciliarios***

En el artículo 178.6 C. se atribuye a los municipios competencia exclusiva en cuanto concierne a la vida local, en materia de "servicios de agua potable", "electricidad y gas doméstico, alcantarillado, canalización y disposición de aguas servidas". En general, estos servicios en un gran centro poblado como el Valle de Caracas terminaron prestándose uniformemente, como tenía que ser, por una sola empresa o entidad concesionaria: la C.A. La Electricidad de Caracas, para la electricidad y la empresa de PDVSA para el gas. En cuanto al abastecimiento de agua, correspondió la prestación al Instituto Nacional de Obras Sanitarias (INOS), como ente concesionario municipal, y los servicios luego pasaron a las empresas hidrológicas que derivaron del INOS.

En la ciudad de Caracas, por tanto, las concesiones municipales y las necesidades de abastecimiento de la ciudad llevaron al desarrollo de un sistema de acueducto metropolitano que se surte, básicamente, con aguas provenientes de otras cuencas y otros municipios del Estado Miranda, por ejemplo. Por tanto, el regularse el distrito metropolitano, era lógica la identificación, como competencia del nivel metropolitano en materia de "servicio de agua potable", "del acueducto metropolitano de Caracas", como lo indica el artículo 19, ordinal 1º de la Ley especial. Ese es el nivel "macro" en la materia, por lo que la concesión del servicio que presta Hidrocapital, como empresa concesionaria, pasa a ser una concesión metropolitana, cuya regulación y otorgamiento corresponde al nivel metropolitano. Ello no excluye que la distribución del agua potable a nivel local, sea gestionada por los municipios.

El mismo razonamiento debe hacerse respecto de los otros servicios públicos domiciliarios indicados en el artículo 19.2 LDMC, como "distribución y venta de electricidad y gas doméstico".

Ahora bien, sobre esto la sentencia 1563 de la Sala Constitucional, también con unas consideraciones bastantes confusas, señaló lo siguiente:

Es de la competencia del poder público municipal, el régimen general de los servicios públicos domiciliarios y, en especial, los de electricidad, agua potable y gas (artículos 178 C. de 1999 y 38 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal).

El poder público nacional está conformado por el poder legislativo, ejecutivo, judicial, ciudadano y electoral (artículo 136 de la Carta Fundamental), por lo que de dicho poder se encuentra separado el municipal.

En lo referente al régimen general de los servicios públicos domiciliarios, éste lo establece el poder nacional (numeral 29 del artículo 156 constitucional), y a nivel municipal, dentro del régimen general, corresponde a los municipios y en particular al distrito metropolitano, lo concerniente al acueducto metropolitano de Caracas a la distribución y venta de electricidad y gas doméstico, y los servicios de transporte urbano intermunicipal de pasajeros.

¿Significa ello que las empresas que explotan el acueducto de Caracas y las empresas destinadas a distribuir y vender electricidad y gas doméstico, o a transportar pasajeros, deben ser municipales y corresponde al municipio producir lo distribuible y prestar el servicio?.

La Constitución de 1999, entre los derechos económicos, ha prohibido a los particulares los monopolios y ha limitado de manera general (para el Estado y los particulares) la posición de dominio (artículo 113), por lo que mal puede entenderse que los municipios en general, y el distrito metropolitano en particular, tengan como meta el monopolizar la producción de agua potable, energía eléctrica o gas, o la distribución y venta de dichos rubros, o del transporte urbano. De allí que los municipios puedan construir o adquirir acueductos, redes de distribución de electricidad o gas en sus territorios, establecer servicios de transporte y claro está, el distrito metropolitano puede hacerlo, pero permitiendo la libre competencia, principio económico contenido en los artículos 112 y 113 de la Carta Magna.

Ahora bien, debido al numeral 1 del artículo 19 de la Ley especial sobre el régimen del Distrito Metropolitano de Caracas ¿está obligada Hidrocapital a enajenar gratuitamente sus acciones, o sus bienes correspondientes al acueducto de Caracas, al distrito metropolitano? No encuentra la Sala disposición alguna que ordene al poseedor del acueducto a cederlo al distrito metropolitano, y sólo en el caso que las instalaciones del acueducto fueran del municipio Libertador o de los municipios que conforman el distrito metropolitano, y éste solicitara entrar en posesión de ellas para prestar el servicio, Hidrocapital tendría que cederlas, previos los arreglos que fueren menester. Diferente es la situación si Hidrocapital transfiere al distrito metropolitano el acueducto, de acuerdo a lo señalado en este fallo (págs. 45 de 61 y 46 de 61).

Con estos razonamientos, la Sala Constitucional, de nuevo, parece ignorar el régimen de las concesiones de servicio público. Con la distribución de competencias municipales entre los dos niveles de gobierno municipal de Caracas, lo único que cambia es el ente concedente: la autoridad concedente pasa a ser el nivel distrital metropolitano en lugar de ser sólo el nivel municipal; pero ello no implica que debe siquiera pensarse en un traslado de la propiedad de las empresas concesionarias.

No se olvide que Hidrocapital es una empresa pública nacional que presta el servicio, como sucesora del INOS, que era el concesionario municipal. No era que el poder nacional prestase el servicio en ejercicio de sus propias competencias, por lo que es totalmente incomprensible el razonamiento de la Sala Constitucional en la sentencia 1563 citada cuando afirma:

Para prestar los servicios de su competencia, el distrito metropolitano ha recibido las dependencias, instalaciones y bienes que correspondían al Distrito Federal, de acuerdo a la Ley de transición del Distrito Federal al Distrito Metropolitano de Caracas, pero hay servicios públicos en el área del Distrito que vienen siendo prestados por entes del poder público nacional, y que pueden ser regulados por el distrito metropolitano, pero ello no significa que como resultado de la Ley especial sobre el régimen metropolitano de Caracas, los bienes nacionales y las instalaciones propiedad de la Nación, aptos o necesarias para prestar el servicio, se transfieran de pleno derecho al distrito metropolitano.

Durante la vigencia de la Constitución de la República de Venezuela de 1961, se promulgó la Ley Orgánica de Régimen Municipal, y en su artículo 36, en los ordinales 1º y 7º se atribuyó a las municipalidades, la materia de acueductos, cloacas, drenajes, y tratamiento de aguas residuales; así mismo el servicio de transporte público urbano de pasajeros. Ello no significó entonces, ni puede significar ahora, que los servicios en esas áreas prestadas por el poder nacional se transfirieron de pleno derecho al municipio, sino que éste los regulaba y siendo de su competencia hasta podía competir con el poder nacional en dichas materias.

Aquella situación, en criterio de esta Sala no ha variado, y la competencia en esas áreas las puede prestar directamente el distrito metropolitano con sus recursos propios, o puede ser prestado por el poder nacional, regido por la normativa municipal, sin que esté obligado a transferir los bienes con que presta el servicio al distrito metropolitano o a municipio alguno (págs. 39 de 61 y 40 de 61).

En otra parte de la sentencia 1563, sobre esta materia de los servicios públicos domiciliarios, la Sala Constitucional agregó:

a) Los servicios públicos de prestación de electricidad y gas en el Distrito Metropolitano de Caracas, podrán ser prestados directamente por el distrito, o mediante otras formas de delegación o contratos de concesiones; todo de conformidad con los artículos 41 y 42 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Mientras el cabildo metropolitano no legisle sobre estas materias, las ordenanzas correspondientes a los diversos municipios que lo integran siguen vigentes sobre dichos servicios.

Es necesario para esta Sala resaltar, que por el hecho que se haya creado el Distrito Metropolitano de la ciudad de Caracas, no han quedado derogadas las leyes (ordenanzas) vigentes en los distintos municipios que lo conforman, por la simple razón que la ley se deroga por otra ley, y por ello es la labor legislativa del cabildo metropolitano la que irá desarrollando a nivel del Distrito Metropolitano de Caracas, las competencias que le atribuyó el artículo 19 de la Ley que lo rige.

No tiene que esperar el cabildo metropolitano a que el poder nacional sancione leyes sobre estos servicios. Las ordenanzas que dicte el cabildo no pueden ir contra las leyes nacionales vigentes (págs. 51 de 61 y 52 de 61).

14. *Servicios de policía*

La Constitución atribuye a los municipios competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de "prevención y protección vecinal y servicios de policía municipal, conforme a la legislación nacional aplicable" (art. 178.7) y en materia de "servicios de prevención y protección, vigilancia y control de los bienes y las actividades relativas a las materias de la competencia municipal" (art. 178,5).

La policía municipal, por tanto, es una competencia que corresponde a los dos niveles de gobierno municipal en el distrito metropolitano. A los efectos de la distribución de la competencia en los aspectos "macro" y "micro", el artículo 19.8 LDMC identificó como competencia del nivel metropolitano: "Servicios de policía de orden público en el ámbito metropolitano, así como de policía administrativa con fines de vigilancia y fiscalización en las materias de su competencia".

Por tanto, en la materia, corresponde al nivel metropolitano la policía de orden público "en el ámbito metropolitano", lo que no implica la extinción de los servicios de policía en el ámbito municipal local; y la policía administrativa en relación con los bienes y actividades del nivel metropolitano, lo que no implica la extinción de los servicios de policía administrativa en relación con los bienes y actividades de cada municipio.

Sobre este tema, la sentencia 1563 de la Sala Constitucional también disertó, igualmente en forma algo confusa, así:

Con relación a la Interpretación nº 5 letra D) solicitada, referente a cuáles son las facultades del alcalde metropolitano en materia policial, la Sala debe hacer los siguientes señalamientos:

Por aplicación del artículo 332 C. de 1999, deberá crearse una Policía nacional que dependerá del poder ejecutivo. Esta policía, al igual que otros órganos de seguridad ciudadana previstos en dicho artículo, concurrirán con los estados y los municipios en los términos establecidos en la ley.

Tomando en cuenta que por mandato del artículo 178 Constitucional, es de la competencia municipal los servicios de policía municipal, cuya organización y ramas de actividades les será atribuida por las leyes estadales, y que puedan existir policías estadales, conforme a lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 164 de la vigente Constitución, en materia de policía surge una superposición de cuerpos para una misma área territorial.

No tiene dudas la Sala, que la policía nacional a ser creada, puede obrar en los distritos metropolitanos, debido a su carácter nacional, mas no la Policía estadal, cuando un distrito metropolitano, como el de la ciudad de Caracas, esté formado por entes político territoriales correspondientes a dos entidades diferentes, ya que si la finalidad de los distritos metro-

politanos es la armonía de los servicios de la metrópolis, resulta un contrasentido que en un territorio, funcionen policías locales con direcciones distintas, que hasta podrán ser opuestas. Por ello, considera la Sala que los distritos metropolitanos con territorios en diversas entidades político territoriales, escapan (sic) de la previsión del numeral 6 del artículo 164 C. de 1999, ya que las leyes estadales no podrán determinar las ramas del servicio policial atribuidas a la competencia municipal, y cuáles en el mismo territorio del estado corresponderán a las policías estadales, ya que ello chocaría o pudiera contradecir con lo que los cabildos metropolitanos han decidido para ordenar la metrópolis.

En el Distrito Metropolitano de Caracas, es el alcalde metropolitano el encargado de preservar el orden público y la seguridad de las personas y propiedades, tal como se lo impone el numeral 3 del artículo 8 de la Ley especial sobre el régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, y al tener tal atribución, el alcalde es de pleno derecho de quien depende el servicio de policía metropolitana. Estos servicios se prestan mediante la policía de orden público y la policía administrativa.

A pesar de que la noción de policía de orden público puede tener un significado multívoco, a juicio de esta Sala, se trata de una policía, cuya finalidad es mantener el orden y evitar el caos, pero igualmente -como parte de ese orden- preservar la seguridad de las personas y propiedades, por lo que es básicamente una policía preventiva de vigilancia urbana, así las leyes le puedan atribuir otras funciones.

En contraste, la policía administrativa, va a vigilar y a fiscalizar el cumplimiento de las ordenanzas municipales, y de todo lo que sea competencia del distrito metropolitano. Se trata de una policía que vigila y fiscaliza las plazas, los espectáculos públicos, el metro, las vías, los servicios de transporte urbano, etc., en lo que compete al distrito metropolitano. Se trata también de un servicio de policía municipal, uniformado o no, que puede realizar funciones de policía fiscal…

Ahora bien, la existencia de una policía distrital, tanto de prevención de orden público, como administrativa, no atenta contra la existencia de servicios de policía correspondientes a cada municipio destinados a actuar dentro de ellos.

Estos últimos son policías destinadas (*sic*) a prevenir el delito y proteger a los vecinos, por lo que la misión de mantener el orden público, por su envergadura, debe corresponder a una sola fuerza, que es la distrital.

Sin embargo, el cabildo metropolitano en definitiva, será quien legisle sobre la organización de la policía preventiva o de la administrativa para todo el distrito metropolitano, teniendo en cuenta que en cuanto a las policías administrativas, cada municipio podrá establecer su propio servicio, y dirigirla, cónsono con sus necesidades y realidades.

Mientras las ordenanzas sobre policía del distrito metropolitano no se dicten, cada cuerpo policial de los municipios seguirá siendo dirigido orgánica y funcionalmente por el respectivo alcalde, aunque coordinados por el alcalde metropolitano. Dentro de esa coordinación podrá desplazar policías del municipio Libertador del Distrito Capital a otros municipios, o pedir ayuda a éstos en materia policial.

Hasta que no se dicten las ordenanzas sobre vialidad urbana y circulación de vehículos del área metropolitana, a cada municipio corresponde dirigir su propia policía de tránsito, cuyas funciones pueden coincidir con las de la policía preventiva, y a cada municipio corresponde también el ingreso del producto de las multas que impongan por infracciones tipificadas en las respectivas ordenanzas, las cuales no existen a nivel del distrito metropolitano.

Todas estas policías son órganos de consulta civil, y así se declara.

Podrá el Ejecutivo nacional, como director de los sistemas metropolitanos de transporte, y conforme a la ley que los rige, transferir a las policías municipales funciones de los cuerpos de seguridad de dichos servicios, a tenor de lo previsto en el artículo 14 de la Ley de los sistemas metropolitanos de transporte (págs. 49 de 61; 50 de 61 y 51 de 61).

15. *Otras competencias*

Nos hemos referido anteriormente a las materias de la competencia exclusiva municipal, en cuanto concierne a la vida local, establecidas en el artículo 178 C., que el artículo 19 LDMC identifica como de nivel metropolitano en sus aspectos "macro" y, por tanto, compartida o concurrente con las que continúan ejerciendo por los municipios, en los aspectos "micro".

El artículo 19.7 LDMC menciona otra competencia como de nivel metropolitano y se refiere a los "institutos metropolitanos de Crédito", lo que por supuesto no excluye la posibilidad de que existan Institutos municipales de Crédito, en cada municipio del Área Metropolitana, conforme a la competencia que establecía el artículo 36.14 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989.

Las otras materias de la competencia municipal, indicadas en el artículo 178 C., no mencionadas en el artículo 19 LDMC, sin embargo, también podrían ser susceptibles de distribuirse entre los dos niveles de gobierno municipal del Área Metropolitana de Caracas, en los aspectos "macro" (carácter metropolitano) y "micro" (carácter local municipal), que puedan distinguirse en ellas. Esas otras materias enumeradas en el artículo 178 C. excluidas las ya analizadas enumeradas en el artículo 19 LDMC, son las siguientes:

1. Ordenación y promoción del desarrollo económico y social, la promoción de la participación y el mejoramiento, en general, de las condiciones de vida de la comunidad.
2. Los servicios de alcantarillado, canalizaciones y disposiciones de aguas servidas.
3. Patrimonio histórico
4. Turismo local
5. Nomenclatura y ornato público
6. Espectáculos públicos
7. Publicidad comercial, en cuanto concierne a los fines específicos municipales
8. Servicios de protección a la primera y segunda infancia, a la adolescencia y a la tercera edad
9. Educación preescolar
10. Servicios de integración familiar de las personas con discapacidades al desarrollo comunitario
11. Actividades e instalaciones culturales
12. Actividades deportivas
13. Cementerios y servicios funerarios
14. Justicia de paz

En todo caso, en todas las materias de la competencia municipal como lo ha señalado la Sala Constitucional en la citada sentencia nº 1563:

Sobre las áreas correspondientes al nivel metropolitano de Caracas, legislará el cabildo metropolitano, lo que debe hacer con carácter de urgencia, y mientras esto no suceda, cada municipio continuará gobernando y administrando esas áreas, conforme lo que el consejo de gobierno del distrito metropolitano vaya asesorando y consultando (pág. 44 de 61).

IV. EL RÉGIMEN TERRITORIAL DE LOS MUNICIPIOS DEL ÁREA METROPOLITANA DE CARACAS

Como lo establece el artículo 164 C., corresponde a los estados "la organización de sus municipios y demás entidades locales y su división político territorial, conforme a esta Constitución y a la ley".

Por tanto, sin duda alguna, el Estado Miranda es competente para determinar a través de la Ley de división político territorial del estado el régimen territorial de los municipios del estado. Es incomprensible, por inconstitucional, por tanto, lo expresado por la Sala Constitucional en su antes citada sentencia 1563, así:

Pero la Sala quiere asentar un criterio. El distrito metropolitano se constituyó para solucionar problemas de desarrollo de la ciudad, que se va conformando por sus conurbanismos, a fin que tal desarrollo sea armónico e integral. Cuando esto sucede, y de allí la necesidad de una ley orgánica que los rija, la organización interna de los municipios y de sus entidades locales, deja de ser competencia del poder estadal, y este no puede modificar la división político territorial de los municipios afectados al Distrito (pág. 52 de 61).

Este criterio es totalmente inconstitucional; no se puede pretender despojar al Estado Miranda de sus competencias constitucionales.

En cuanto al municipio Libertador, ya hemos señalado, el mismo debe ser dividido en varios municipios, para darle coherencia a la división municipal en el distrito metropolitano, lo que corresponde a la Asamblea Nacional al dictar la ley del Distrito Capital.

QUINTA PARTE

LAS ACTIVIDADES DEL ESTADO Y LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA DISCRECIONALIDAD

§ 17. Los principios del Estado de derecho y el principio de legalidad

Como antes hemos dicho, el derecho administrativo es, por una parte, un derecho estatal, es decir, un derecho que regula al Estado, y en particular, a la Administración Pública y su actividad administrativa; pero por la otra, también es un derecho de los administrados, en lo que se refiere a sus relaciones jurídicas con los órganos del Estado, y al régimen relativo al ejercicio y protección de sus libertades y derechos constitucionales.

Consecuencialmente, entonces, el derecho administrativo así concebido, es básicamente "un derecho del Estado de derecho", es decir, de la forma de organización política en la cual todos los órganos y autoridades del Estado no sólo derivaban sus poderes de la ley, sino que también está limitados por ella (principio de legalidad), con el objeto fundamental de garantizar la vigencia y efectividad de las libertades y derechos ciudadanos[1].

Ese Estado de derecho, por tanto, en primer lugar, es un Estado en el cual el poder tiene que estar esencialmente limitado mediante un sistema de distribución y división del mismo, concebido para garantizar las libertades y evitar los abusos de una rama del poder en relación con las otras; y en el cual tiene que estar garantizada la autonomía del Poder Judicial, incluso para controlar la subordinación de todos los órganos del Estado a la ley.

En segundo lugar, se trata de un Estado sometido al principio de legalidad, lo que implica la subordinación de todos los órganos del Estado a la ley, entendida ésta en sentido global comprendiendo, además de la ley formal como emanación del órgano legislativo, todas las otras fuentes de ordenamiento jurídico. Este principio tiene particular interés, por supuesto, en relación con los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo y con la Administración Pública, los cuales deben actuar de conformidad con la ley, pudiendo su actividad ser controlada judicialmente, en particular, por los órganos de la jurisdicción contencioso-

---

1 Véase en general sobre el tema Allan R. Brewer-Carías*, Evolución histórica del Estado*, Tomo I, *Instituciones Políticas y Constitucionales,* Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996.

administrativa. Pero también se implementa en relación con el órgano legislativo mediante los sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes, como mecanismos de protección contra el despotismo del Legislador.

Este principio de legalidad, además, ha siempre ha implicado otros que son inherentes a la concepción del Estado de derecho: por una parte, el de la primacía de la legislación que regula todas las actividades del Estado, tanto la ejecutiva como la judicial y la de control, entendiéndose en este contexto por legislación, básicamente, la ley formal, es decir, las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional; y por otra parte, el establecimiento de un sistema jerárquico de los normas que conforman el ordenamiento jurídico, ubicadas en diferentes niveles según su esfera de validez, establecidos normalmente en relación con la ley suprema, que es la Constitución.

En tercer lugar, el Estado de derecho es también un Estado montado sobre el principio del reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales, como una garantía formal contenida en los textos constitucionales, los cuales aseguran tanto su disfrute efectivo como los diversos medios de control judicial y político para garantizarlo.

El derecho administrativo, como se dijo, es el derecho de ese Estado de derecho, y particularmente de su actividad administrativa, por lo que resulta necesario para estudiarla, analizar los principios que lo rigen.

I. LA IDEA DE CONSTITUCIÓN

El primero de los principios del Estado de derecho es la idea misma de Constitución, cuya consolidación y desarrollo, desde los inicios del siglo XIX, sin duda, está estrechamente vinculado al proceso de su constitucionalización del Estado y de su actividad[2]. Este proceso se ha caracterizado, dentro de cada ordenamiento jurídico, por el establecimiento de un conjunto de normas de rango superior que de manera general regulan las funciones fundamentales del Estado, sus distintos órganos y poderes y sus interrelaciones, así como los derechos y las libertades fundamentales de los ciudadanos.

En esta forma, la constitucionalización del Estado se inició hace algo más de doscientos años con la introducción, en la práctica política, de las Constituciones escritas concebidas como documentos formales contentivos de la voluntad del pueblo, considerándose esta última como soberana con respecto a la organización política de la Nación. Como consecuencia de este proceso, en términos generales, puede decirse que la soberanía se despersonalizó, y los órganos del Estado fueron convertidos precisamente en tales órganos, quedando la soberanía como un atributo que corresponde sólo al pueblo, representado por los titulares de dichos órganos.

En todo caso, este proceso de constitucionalización del *Estado de derecho,* reflejado en una Constitución, ha generado un sistema de garantías de las libertades individuales, las cuales se concretan en el reconocimiento de los derechos fundamentales, el establecimiento de la división de los poderes, la participación del pueblo en los órganos de representación popular, la sumisión del Estado al derecho, y lo más importante en el contexto de las Constituciones modernas, ha generado un sistema que responde a una decisión política de la sociedad, adoptada por el pueblo, como poder constituyente, en algunos casos, incluso, mediante la elección de una Asamblea Constituyente. En especial, el principio de la separación de poderes, con su distinción entre órganos legislativos, órganos ejecutivos (guber-

2 Véase en general Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, pp. 86 y ss. y 182 y ss.

namentales y administrativos), tribunales de justicia, órganos de control y órganos de dirección electoral, ha sido considerado como un elemento necesario de cualquier Constitución, puesto que constituye, en sí mismo, como la garantía orgánica contra los abusos de poder por parte de los órganos del Estado. Basta con recordar el artículo 16 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el cual estableció:

> Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, no tiene Constitución.

Históricamente puede afirmarse que la idea de Constitución nació a finales del Siglo XVIII de la necesidad de determinar, formalmente, la composición o las funciones fundamentales de los instrumentos de gobierno, generalmente como una señal de orden luego de un caos institucional creado por una gran revolución política o social, al liberarse una nación de un invasor extranjero, o al constituirse una nación a partir de la reunión de pequeñas unidades políticas. Siempre fue con ocasión de tales decisiones históricas o políticas de reorganizar o crear un Estado, cuando las primeras Constituciones cobraron vida[3].

Particularmente en Norteamérica, el concepto normativo racional de la Constitución, con la lista de derechos, la separación de los poderes, la soberanía de la ley, la distinción entre el poder constituyente y el poder constituido y la división de la Constitución en una parte dogmática y otra orgánica, tuvo su origen en sus Constituciones coloniales. De Norteamérica se trasladó a Europa, reflejándose en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, y luego, a Hispanoamérica quedando plasmado en las Constituciones provinciales de 1810 y 1811, particularmente en Venezuela y Colombia, y luego en los textos constitucionales de las nacientes naciones.

La Constitución norteamericana formalizó un conjunto de compromisos políticos, destacándose de la misma dos grandes aportes fundamentales al derecho constitucional moderno: en primer lugar, el constitucionalismo en sí mismo, en el sentido de la incorporación de todos los compromisos políticos, en cuanto a la forma de gobierno, en una Constitución escrita considerada como ley fundamental; y, en segundo lugar, el republicanismo, basado en la representación política, como una ideología del pueblo en contra de la monarquía y de las aristocracias hereditarias[4]. Los norteamericanos del Siglo XVIII decidieron mediante una revolución, repudiar la autoridad real y en su lugar erigir una república. Por ello, la Constitución fue sancionada por "el pueblo" el cual a partir de entonces, en la historia constitucional se convirtió en soberano.

Sin embargo, la Constitución adoptada en 1787, fue concebida fundamentalmente como un documento orgánico que regulaba la separación horizontal y vertical de los poderes de los distintos órganos del nuevo Estado, es decir, entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, así como entre los Estados y los Estados Unidos de conformidad con el sistema federal. A pesar de los antecedentes coloniales y de las propuestas hechas en la Convención, la Constitución no incluyó una declaración de derechos o *Bill of Rights,* salvo el derecho a tener un gobierno representativo. Fueron los reclamos de los oponentes al nuevo sistema federal, conducidos por los antifederalistas, los que durante el proceso de ratificación de la Constitución llevaron a la adopción de las diez primeras Enmiendas a la misma, el 15 de diciembre de 1791, las cuales configuraron el *Bill of Rights* norteamericano.

---

3 Véase en general Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, pp. 74 y ss. y 163 y ss.

4 Véase Bernard Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Mass., 1992, pp. 160 y ss; Jack N. Rakove, *Original Meanings. Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, Alfred A. Knopf, New York 1996, pp. 131 y ss.

Después de la Revolución norteamericana, la constitucionalización del Estado de derecho fue continuada por la Revolución francesa de 1789 y con la adopción de la tercera Constitución del mundo, la francesa el 3 de septiembre de 1791, siendo la segunda, la Constitución polaca promulgada el 3 de mayo del mismo año 1791.

En efecto, dos años después de la adopción de la Constitución Norteamericana americana y trece después de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776), la Revolución francesa (1789) generó como objetivo la liquidación del *Ancien Régime,* representado por la monarquía absoluta y personal[5]. El problema, en este caso, no fue encontrar un denominador común entre trece Estados independientes y edificar un nuevo Estado sobre los restos de las Colonias inglesas, como había sucedió en el proceso constitucional norteamericano; sino más bien cómo transformar un Estado centralizado, construido en torno a la vieja Monarquía francesa conforme a la cual el Estado era el Monarca *("L'Etat c'est Moi"),* en una nueva forma de Estado donde mediante el concepto de Nación, participara el pueblo. Fue necesaria una revolución, cuyo primer resultado fue el debilitamiento de la Monarquía misma.

Para ello, después del 14 de julio de 1789, la Asamblea Nacional francesa adoptó dos decisiones fundamentales: la abolición de los derechos señoriales el 4 de agosto, y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en 26 de agosto de 1789. Dos años más tarde fue sancionada la Primera Constitución francesa, el 3 de septiembre de 1791, la cual si bien siguió siendo de corte monárquico, consideraba al Rey como un delegado de la Nación y sujeto a la soberanía de la ley. El hecho es que a partir de entonces, el Rey, como Monarca absoluto, dejó de ser el Estado; éste pasó a ser el pueblo organizado en una Nación, sujeta a una Constitución.

La Constitución de 1791 adoptó una estructura que luego se volvió clásica en el desarrollo del derecho constitucional moderno, en la cual se estableció una clara distinción entre una parte dogmática, contentiva de derechos individuales y de los límites y obligaciones del poder del Estado, en relación a los mismos; y una parte orgánica relativa a la estructura, las atribuciones y las relaciones entre los diferentes órganos del Estado[6].

La Constitución comenzó con la incorporación en su texto de la Declaración de los Derechos de Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Nacional el 26 de agosto y ratificada por el Rey el 5 de octubre de 1789. Este texto se había inspirado en las Declaraciones de los Estados norteamericanas que recientemente se habían emancipado de Inglaterra, en particular del *Bill of Rights* de Virginia (1776); lo que no significó por supuesto, que la Declaración no fuera francesa en su esencia, como obra fundamentalmente racional, inspirada directamente de los pensamientos de Rousseau y Montesquieu[7].

En todo caso, esta Declaración de Derechos que precedió la Constitución puede caracterizarse porque su contenido reflejó una adhesión formal a los principios de la ley natural y a los derechos "naturales" innatos del hombre, de tal manera que la Declaración reconoció o declaró estos derechos, pero en realidad no los estableció. Por ello, la Declaración tuvo un carácter universal; no fue una declaración de los derechos de los franceses, sino el reconocimiento por la Asamblea Nacional de la existencia de derechos fundamentales del hombre para todos los tiempos y para todos los estados. Por ello, De Tocqueville comparó la revolución política de 1789 con una revolución religiosa, señalando que a la manera de

---

5 Véase de A. De Tocqueville, además de su clásica obra *El Antiguo Régimen y la Revolución,* Alianza Editorial, 2 Vols., Madrid 1982; el libro *Inéditos sobre la Revolución*, Madrid, 1980.

6 M. García-Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, *op. cit.,* p. 463.

7 J. Rivero. *Les Libertes Publiques,* Vol. I, París, 1973, pp. 38-42.

las grandes religiones, la Revolución estableció principios y reglas generales, y adoptó un mensaje que se propagó más allá de las fronteras de Francia. Ello derivó del hecho de que los derechos declarados fueran "derechos naturales" del hombre[8].

Además, desde un punto de vista legal y político, los poderes del Estado estaban limitados, hasta el punto de que los funcionarios sólo podían actuar dentro de los límites impuestos por estos derechos y, consecuentemente, sometidos a la soberanía de la Ley, principio recogido en la Constitución.

Además, tanto la Declaración de los Derechos como la Constitución misma se basaron en la afirmación de la soberanía nacional, introduciéndose así un concepto que resultó esencial en el Derecho constitucional francés, pues marcó el inicio de una nueva fundamentación para la legitimación del poder del Estado, en oposición a la legitimidad monárquica del pasado; así como un nuevo enfoque para la reorganización de los órganos del Estado.

Así, la idea de la Nación emergió de la Asamblea Constituyente para privar al Rey de su soberanía; pero como la soberanía sólo existió en la persona que la ejercía, el concepto de Nación surgió como personificación del pueblo. Para usar las palabras de Bethélemy:

> "Había una persona soberana que era el Rey. Otra persona debía ser encontrada para oponérsele. Los hombres de la Revolución encontraron esa persona soberana en una persona moral: la Nación. Le quitaron la Corona al Rey y la pusieron en cabeza de la Nación"[9].

Pero la Nación en la teoría revolucionaria, fue identificada con lo que Sièyes describió como el *Tercer Estado.* El *Tercer Estado* en los *Estados Generales,* comparado con los otros estamentos (nobleza y clero), era el estamento bajo o la Nación globalmente considerada. *¿Qu'est-ce que le Tiers?* fue la pregunta que se planteó Sièyes en su libro, y la respuesta que dio fue "todo", "toda la Nación"[10]. Las clases privilegiadas, así, fueron excluidas del concepto de Nación, en la cual tenía cabida la burguesía.

En todo caso, a partir de la Revolución, la soberanía residió esencialmente en la Nación, como lo estableció expresamente la Declaración de 1789 en su artículo 3°. Por ello, el fundamento de la autoridad pública, a partir de la Revolución, cesó de ser el derecho divino del Monarca, y comenzó a ser la soberanía nacional, que se ejercería mediante representantes.

Por ello, a pesar de su carácter monárquica, la Constitución de 1791 fue representativa, desde el momento en que la Nación ejercía su poder a través de representantes; y fue precisamente por el sistema que se estableció para la participación ciudadana, que la Revolución tuvo una especial significación social vinculada a la burguesía, ya que conforme al sistema de sufragio que se estableció, un gran número de los ciudadanos fue excluido de la actividad electoral[11].

La Constitución de 1791, además, estableció otro principio fundamental del derecho público moderno, desarrollado particularmente en Francia y expresado en el concepto de que *"Il n'y a point en France d'autorité supérieur à la loi"*(Art. 2), y la ley era considera-

---

8 A. de Tocqueville*, El Antiguo Régimen y la Revolución*, *cit.*

9 Berthélemy-Duez, *Traité Elementaire de Droit Constitutionnel,* París, 1938, p. 74, *cit.,* por M. García Pelayo, *op. cit.,* p. 461.

10 E. Siéyes, *Qu'est-ce que le Tiers Etat,* (ed. Zappeti), Ginebra, 1970, p. 121.

11 Bajo la influencia de Siéyes. la Constitución estableció dos categorías de .ciudadanos: ciudadanos activos y ciudadanos pasivos. G. Lepointe, *Histoire des Institutions du Droit Public Frangais au XIX siécle* 1789-1914, París, 1953, p. 44.

da como la expresión de la voluntad general. Esta, sin duda, fue la reafirmación del Estado de derecho y de la idea de que no son los hombres los que gobiernan, sino las leyes. Por ello el principio de que los órganos estatales sólo pueden exigir obediencia si son expresión de la Ley, hasta el punto de que los artículos de la Constitución de 1791 establecieron el principio que el Rey mismo, como titular del Poder Ejecutivo, sólo reinaba en virtud de la Ley y sólo en virtud de ella es que podía exigir obediencia (Art. 2).

En todo caso, como se dijo, la Constitución de 1791, a pesar de la Revolución, continuó estableciendo un Gobierno monárquico, conforme al cual el ejercicio del Poder Ejecutivo se confería exclusivamente al Monarca (Art. 1, Cap. IV). Pero el Rey, sin embargo, no era más que el Jefe Supremo de la Administración del Reino, delegado de la Nación, sujeto a la soberanía de la Ley. En consecuencia, el Monarca, por primera vez en la historia constitucional devino en un órgano del Estado, por lo que la antigua institución del derecho divino se convirtió en un órgano establecido en el derecho positivo. El Rey, así, se convirtió en Rey del pueblo francés en lugar del Rey de Francia[12].

Finalmente debe señalarse que la Constitución de 1791 estableció un sistema de estricta separación de poderes, pero con predominio del Poder Legislativo. Por ello, el Rey no podía ni convocar, ni suspender, ni disolver la Asamblea; sólo tenía un poder de veto, de suspensión, pero no tenía iniciativa, aun cuando podía sugerir a la Asamblea tomar en consideración ciertos asuntos. La Asamblea, por su parte, no tenía control sobre el Ejecutivo, ya que la persona del Rey era sagrada e inviolable. Sólo los Ministros eran responsables penalmente. En todo caso, la Asamblea tenía importantes atribuciones ejecutivas, como el nombramiento de algunos funcionarios, la vigilancia de la administración, la declaración de la guerra y la ratificación de los Tratados[13].

En Europa, por lo tanto, a partir de la Revolución Francesa en 1789 y de la Constitución de 1791, durante el siglo XIX las Constituciones fueron en general, el resultado de Revoluciones, que establecieron el modelo fundamental del *Estado de derecho,* con derechos fundamentales y división de poderes, y con una característica adicional, que fue que el Estado estaba organizado desde una perspectiva negativa con respecto a sus propios poderes, en el sentido de que debía velar por la protección de los ciudadanos frente a los abusos de poder del mismo. De allí que las formas y los medios de control sobre el Estado fueron incluso mejor organizados, que el mismo Estado.

En este proceso de constitucionalización del *Estado de derecho,* el principio de la rigidez constitucional también se adoptó, en la medida en que la Constitución fue realmente una norma fundamental. Se trataba de una ley fundamental que no podía ser modificada mediante la legislación regular, sino que cualquier enmienda requería de procedimientos especiales. Esto dio lugar al desarrollo de la teoría del poder constituyente, que en el caso francés presuponía que el pueblo era una entidad política existencial. A raíz de la Revolución, en efecto, el pueblo pasó a ser el sujeto del poder constituyente, tomó conciencia de su capacidad política para actuar y se dio una Constitución, basándose en la idea claramente establecida de su unidad y capacidad política para la acción.

Dado que la Constitución se convirtió en la ley fundamental del Estado y que no podía modificarse fácilmente, se fue desarrollando la distinción entre el poder constituyente del pueblo y el poder legislativo (órgano constituido), así como entre los actos constitucionales *("lois constitutionelles")* y las leyes regulares. La Nación (el pueblo) se reservó siempre el derecho a cambiar su Constitución, atendiendo a los medios prescritos en la misma.

---

12 G. Lepointe, *op. cit,* p. 44.

13 G. Lepointe, *op. cit.,* pp. 45 y 49.

En todo caso, el significado de la Revolución Francesa residió en el hecho de que llevó al establecimiento de un *Estado de derecho,* en el sentido de que produjo una Constitución que limitaba y controlaba el ejercicio del poder del Estado, confiriendo de esta manera un nuevo carácter político al Estado moderno. En este sistema, la Nación, como sujeto del poder constituyente, se enfrentó al Monarca absoluto, eliminó su absolutismo y tomó su lugar; lo que en definitiva condujo a que se incrementara el poder del Estado mismo.

En todo este proceso, por supuesto, el modelo norteamericano ejerció una influencia considerable. La Declaración de Independencia de 1776 y la propia Constitución norteamericana de 1787 fueron igualmente el resultado de la decisión del pueblo de Estados Unidos, aun cuando en este caso, no se trataba de transformar un Estado ya existente, como en Francia, sino más bien de constituir una nueva organización política estatal y de elaborar una Constitución que acompañara la fundación política de un nuevo Estado.

En todo caso, después de las respectivas Revoluciones, la constitucionalización del Estado de derecho en las Constituciones norteamericana y francesa de fines del Siglo XVIII, se difundió en el mundo entero.

En Europa, la Constitución francesa de 1795 fue fuente de inspiración particular para la Constitución española de Cádiz en 1812 y para la Constitución noruega de 1814 pero, en los países latinoamericanos, colonias de España y Portugal, la influencia de las revoluciones y del constitucionalismo de Norteamérica y de Francia fue inmediata y definitiva. Así, Venezuela fue el primer país latinoamericano en conquistar su independencia de España y el tercer país del mundo donde un Congreso electo adoptó una "Declaración de Derechos del Pueblo" (1-7-1811) y donde se sancionó la primera de las Constituciones de Latinoamérica en diciembre de 1811, la Constitución Federal de los Estados de Venezuela, inspirada tanto en el constitucionalismo norteamericano como francés[14].

II. LA LIMITACIÓN DEL PODER COMO GARANTÍA DE LIBERTAD

El segundo de los principios fundamentales del Estado de derecho es la existencia de un sistema de división del poder, conforme al cual el Parlamento o el órgano legislativo sanciona las leyes, y los órganos administrativos, de control y judiciales son los encargados de hacerlas cumplir.

Este sistema de separación o división del poder del Estado tiene por finalidad, además de la racionalización del ejercicio poder mismo, garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos. Conforme al mismo, se considera como Legislador, en sentido formal y estricto, sólo a aquellos cuerpos electos que representan al pueblo.

Por ello, los órganos ejecutivos nunca pueden considerarse como legisladores, en el sentido de poder sancionar, por ejemplo, normas que puedan limitar los derechos y garantías constitucionales (reserva legal).

Este sistema de separación o división del poder conlleva, además, como componente fundamental, el principio de la autonomía e independencia de los todos los poderes, y particularmente de los jueces, lo cual también sirve como garantía de los derechos constitucionales. En consecuencia, las personas que ejercen cargos legislativos o ejecutivos, nunca pueden actuar como jueces.

En todo caso, en el régimen del Estado de derecho, el sistema de separación o división del poder no es ni absoluto ni rígido, existiendo numerosas interrelaciones entre los dife-

---

14 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992.

rentes órganos del Estado, lo que permite, entre ellos, el ejercicio de un control mutuo o balanceado a través del llamado sistema de pesos y contra pesos; sistema que, de hecho, equilibra la división del poder del Estado.

Por otra parte, el sistema se caracteriza por una serie de elementos, entre los cuales se encuentra la supremacía de la ley producto del Poder Legislativo, en relación al Ejecutivo y al Judicial, cuyos órganos son los encargados de hacer cumplir dicha Ley. Sin embargo, esta primacía de la ley no equivale necesariamente a "soberanía del Parlamento", por lo que para evitar cualquier tipo de absolutismo por parte del Legislador o lo que se ha llamado la "dictadura electiva"[15], el Poder Legislativo necesariamente debe estar subordinado a la Constitución. Por ello, en vista de que el Legislador está limitado por la Constitución, en el Estado de derecho tiene que existir un sistema destinado a controlar la constitucionalidad de sus actos, cuyo ejercicio se atribuye a tribunales supremos, ordinarios o especiales, precisamente, con el objeto de, garantizar a los ciudadanos que las leyes se conformen a la Constitución.

En todo caso, en este sistema separación o división del poder, como se ha señalado, la interdependencia del Poder Judicial con respecto al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, es un elemento fundamental del Estado de derecho, a tal punto que se puede afirmar que el Estado de derecho es aquél en el cual los jueces son autónomos e independientes y, naturalmente aquél en el cual, incluso, existen garantías procesales para evitar abusos de poder por parte de los propios jueces.

Este principio de separación o división del poder, en todo caso, se encuentra en el inicio de la configuración teórica del propio Estado de derecho, tal y como lo concibieron los teóricos del absolutismo, principalmente Locke, Montesquieu y Rousseau, cuyas obras puede decirse que configuraron todo el arsenal teórico-político para la reacción contra el Estado absoluto y su sustitución por un Estado que debía actuar conforme a derecho, basado en la separación de poderes como garantía de la libertad. Esta reacción se materializó en Europa continental, con la Revolución francesa (1789), y en América del Norte, con la Revolución de independencia (1776), basadas precisamente en la exaltación del individualismo y de la libertad.

En efecto, todas las teorías de los autores mencionados se basaron en el análisis de la condición natural del hombre y en la configuración de un pacto o contrato social, que establecía un Estado como mecanismo para proteger la libertad. Esta fue la base para la subsiguiente exaltación del individualismo y la consagración de los derechos, no sólo de los ciudadanos de un Estado en particular, sino también del Hombre, con la consecuente construcción del liberalismo político y económico.

Igualmente se consideró necesario que el poder del Estado, como producto de pacto social, también se dividiera y racionalizara a fin de evitar que sus órganos abusaran de ese poder. Con ese fin, las funciones del Estado fueron sistematizadas y el poder dividido, abriéndose así camino para la adopción de una fórmula diferente y más radical: la "separación de poderes", como una *garantía de la libertad y antídoto a la tiranía.* Esa es la razón por la cual el principio de la separación de poderes fue uno de los elementos esenciales de la Constitución norteamericana.

Por ejemplo, la Constitución de Massachusetts de 1780 contenía expresiones categóricas, como la siguiente:

---

15 P. Allott "The Courts and Parliament: Who whom?", *Cambridge Law Journal,* Vol. 38, 1, 1979, p. 115. *Cfr.* M. Zanders, *A Bill of Rights?,* Londres, 1980, p. 5.

> “En el gobierno de esta Comunidad, el departamento legislativo no deberá ejercer los poderes ejecutivo y judicial, o alguno de ellos. El ejecutivo nunca deberá ejercer los poderes legislativo y judicial, o alguno de ellos, El judicial nunca deberá ejercer los poderes legislativo y ejecutivo, o alguno de ellos. En fin, debe ser un gobierno de leyes, no de hombres”[16].

Además, se consideraba que el poder del Soberano (el pueblo) se actualizaba con la elaboración de las leyes, las cuales no sólo eran indispensables para la existencia del Estado mismo, sino que eran una garantía de la libertad civil y política; por ello, la función legislativa ejercida por los representantes del Soberano ocupaba una posición superior en relación a las demás funciones ejecutivas.

En consecuencia, en este concepto que surgió de la Revolución francesa, todos los actos, tanto de los órganos del Estado como de los particulares, estaban sujetos a la ley, entendiéndose por ley, un acto de la voluntad general. Ello dio origen al principio de la legalidad.

En consecuencia, el Estado de derecho y el liberalismo se basaron en los conceptos de libertad, de separación de poderes, de supremacía de la ley y del principio de legalidad. Como resultado, desde su origen, la esencia del Estado de derecho, a diferencia del Estado absoluto, descansó en el principio de la subordinación del Estado y de su Administración a la legalidad, en otras palabras, de la sumisión necesaria del Estado a la ley, la cual establecía límites al poder.

Sin embargo, dicha subordinación no siempre estuvo garantizada en forma definitiva en los países europeos que adoptaron el modelo de Estado de derecho. Por ejemplo, la concepción en forma extrema del principio de la separación de poderes en Francia, en sus inicios, impidió toda interferencia de un poder respecto de otro, de manera que el Poder Judicial no podía garantizar a los individuos que los órganos ejecutivos estarían subordinados a la legalidad. Prueba de ello fue la famosa Ley sobre Organización Judicial del 16/24 de agosto de 1790 que estableció lo siguiente:

> “Las funciones judiciales están y siempre deberán estar separadas de las funciones administrativas. Cualquier interferencia por parte de los jueces en las actividades de los cuerpos administrativos, o cualquier citación enviada por dichos jueces a los administradores, por motivos relacionados con sus funciones, constituirán una violación de sus deberes”[17].

Posteriormente, la Ley de 16 Fructidor del año III (1795), ratificó que:

> “Los jueces, bajo pena de ley, tienen la prohibición de conocer de actos administrativos, sea cual sea su naturaleza”[18]

Como resultado de esta concepción extrema de la separación de poderes, la jurisdicción administrativa en Francia se tuvo que configurar paulatinamente, como una jurisdicción separada del orden judicial para juzgar a la Administración. Si los jueces incurrían en

---

16 Art. XXX, *Massachusetts General Law Anotated,* St. Paul, Minn. Vol. 1-A, p. 582. En 1776, la Constitución de Virginia en su artículo 3 expresaba: “Los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial estarán separados y diferentes, de manera que ninguno ejerza poderes que pertenezcan en propiedad a los demás; ninguna persona tampoco ejercerá los poderes de más de uno de esos al mismo tiempo, salvo respecto de los magistrados de tribunales de condado quienes podrán ser elegibles a cualquier Cámara del Parlamento”.

17 J. Rivero, *Droit Administratif,* París, 1973, p. 129; J. M. Auby y R. Drago, *Traité du Contentieux Administratif,* París, 1984, Vol. 1 p. 379.

18 J. Rivero, *op. cit.,* p. 129.

prevaricación si interferían en las funciones administrativas; entonces, para poder juzgar los actos administrativos tuvo que configurarse una jurisdicción especial, diferente y separada del Poder Judicial, inicialmente inserta dentro de la Administración y que en su evolución culminó con la atribución de funciones jurisdiccionales al Consejo de Estado[19].

Por otra parte, como consecuencia del concepto de supremacía del Parlamento y de la Ley que resultó de la Revolución francesa, cualquier tipo de control sobre la constitucionalidad de las leyes en Europa, fue inconcebible hasta bien entrado el Siglo XX. Incluso, aún en la actualidad en Francia no existe un sistema de control directo a *posteriori* de la constitucionalidad de las leyes (es decir respecto de leyes promulgadas); y sólo fue en los períodos de las postguerras, en los años veinte y a partir de los cuarenta del Siglo pasado, cuando se establecieron en otros países europeos sistemas de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, lo que aún sigue siendo inconcebible en el sistema constitucional británico.

En todo caso, durante los siglos XIX y XX, la evolución del principio de separación de poderes y de la supremacía del legislador condujo paulatinamente a la subordinación del Estado y de todos sus órganos a la ley y a la legalidad, y al establecimiento de controles jurisdiccionales para ese fin, bien fuera a través de tribunales especiales creados en forma separada del Poder Judicial, o a través de Tribunales integrados al mismo. Esa subordinación y este control condujeron, a finales del siglo XIX, al verdadero nacimiento del derecho administrativo en Europa, como una rama autónoma de las ciencias jurídicas, producto, sin duda, del afianzamiento del Estado de derecho. Este Estado sometido a la legalidad es una victoria irreversible del Estado de derecho, implantada en el mundo entero.

En todo caso, las características de la aplicación del principio de la separación de poderes, naturalmente han variado de un país a otro, pero siempre con el objetivo de separar claramente las acciones legislativa y ejecutiva, y permitir al Tribunal Supremo, incluso, declarar la inconstitucionalidad de actos de la Asamblea; en fin, limitar y distribuir el poder, lo cual puede enfocarse desde tres puntos de vista.

En primer lugar, la distribución del poder entre el que corresponde a los órganos del Estado, por una parte; y por la otra, el que corresponde a los individuos o ciudadanos, en el sentido de que existe una esfera de libertad para éstos, que está fuera del alcance del Estado, incluso como un hecho previo al Estada mismo. Esto implica la existencia de limitaciones en los poderes del Estado, pues la facultad del Estado de invadir y penetrar en la esfera de los derechos fundamentales es, en principio, limitada.

La segunda perspectiva de la distribución de poder en el Estado de derecho se refiere a su distinción entre el Poder Constituyente y los Poderes Constituidos. El Poder Constituyente pertenece al pueblo, quien es el soberano y está reflejado en la Constitución, de manera que las leyes constituyentes sólo pueden ser sancionadas por el pueblo directamente, de conformidad con las disposiciones de la Constitución. Por ello, los órganos que configuran los poderes constituidos no pueden invadir las actividades que corresponden al Poder Constituyente establecidas en la Constitución, y por consiguiente, toda invasión a dichas actividades invalida los actos así aprobados.

La tercera y última vertiente del principio de distribución del poder en el Estado de derecho se refiere a su disposición en la esfera de los poderes constituidos del Estado, mediante la atribución, por la Constitución, de una serie de facultades o funciones a los diferentes órganos del Estado. Este principio de organización o distribución del poder tiene dos connotaciones fundamentales: en primer lugar, la clásica división horizontal del poder o

---

19 Luís Ortiz Álvarez, *Revolución Francesa y Justicia Administrativa*, Caracas, 2003.

separación orgánica de poderes, que distingue las diferentes ramas del Poder Público, entre los Cuerpos Legislativo, el Ejecutivo (el Gobierno y la Administración) y el Judicial; a la cual se ha agregado en Venezuela (1999) los cuerpos de control y electorales. El objetivo de esta distribución es establecer restricciones y controles recíprocos entre esos diferentes poderes del Estado, normalmente establecidos en la Constitución.

Pero, además de esto, existe una segunda connotación de carácter vertical de la distribución del poder del Estado, entre los diferentes niveles territoriales que resultan, por ejemplo, de un Estado Federal o de un Estado políticamente descentralizado. Todos los diferentes niveles territoriales (nacional, Estados Federales o Regiones y Municipios) del Estado ejercen parte del Poder Público, también dentro de un sistema de distribución establecido por la Constitución.

Estas tres formas constitucionales de distribución y limitación del Poder del Estado, cuando una Nación las adopta, conllevan el establecimiento de sistemas de control jurisdiccional de las invasiones e interferencias ilegítimas de uno de dichos poderes en la esfera reservada a otro poder. Esto existe, en mayor o menor medida, en todos los sistemas constitucionales del mundo occidental de nuestros días, basado en la existencia de una Constitución rígida y escrita, con una declaración formal de derechos fundamentales y una organización política con algún nivel de descentralización.

III. LA SUMISIÓN DEL ESTADO A LA LEY (PRINCIPIO DE LEGALIDAD) Y LA FORMACIÓN ESCALONADA DEL ORDEN JURÍDICO

El tercero de los principios que caracterizan al Estado de derecho es el de la sumisión del Estado a la ley lo que implica que todas las actividades de los órganos del Estado, y de sus autoridades y funcionarios, deben realizarse conforme a la ley y dentro de los límites establecidos por la misma. Esto, que tiene una particular importancia en relación con la actividad administrativa del Estado, ni más ni menos es el principio de legalidad que equivale en el sistema norteamericano a la expresión *"Government subject to the law",* y en el sistema constitucional británico, a la clásica expresión de *"rule of law".* Todas estas expresiones significan, en última instancia, que los órganos del Estado deben estar sujetos a la ley, aunque las mismas no siempre tienen el mismo alcance y significado en todos los sistemas jurídicos.

Este principio de la sumisión del Estado a la Ley como una de las principales características del constitucionalismo moderno, puede analizarse partiendo de la frase de H. L. A. Hart en su libro *The concept of Law* según la cual "cuando existe una ley hay un soberano incapaz de limitaciones legales"[20]. En efecto, en todos los sistemas constitucionales del mundo moderno, se pueden distinguir dos tipos de poderes: el Poder Constituyente o cuerpo soberano, y el poder constituido, que está conformado por todos los órganos del Estado. Como ya se señaló, esta es una de las principales consecuencias del principio de limitación de poder del Estado: la distribución, en una sociedad dada, entre el poder constituyente y los poderes constituidos, teniéndose en cuenta que el Poder Constituyente está siempre en manos del pueblo como soberano, quien lo ejerce, por tanto, sin ningún tipo de limitación legal; y en cambio, que los poderes constituidos están limitados, entre otras cosas por las normas establecidas por el soberano o Poder Constituyente. Esta es la razón por la cual el soberano elabora las leyes "desde una posición que está fuera de cualquier ley".

---

20 H. L. A. Hart, *The concept of Law,* Oxford, 1961, p. 70. En la p. 65 afirma: "en toda sociedad donde exista una ley hay un soberano"... "en todas partes, la existencia de un soberano".

Por consiguiente, "no existen y ni pueden existir límites legales respecto de sus poderes de sancionar leyes", por lo que Hart concluyó definiendo al soberano, como "el poder legalmente ilimitado"[21]. Los límites al soberano, sin embargo, son los que el pueblo se establece a si mismo.

En efecto, en una democracia, tal y como lo expresó Austin, y esta es la esencia del Estado de derecho, los representantes elegidos no son los que constituyen o forman parte del cuerpo soberano, sino que son los electores, el pueblo mismo, los que detentan la soberanía"[22]. En una democracia, por tanto, se puede distinguir entre el soberano, que es el pueblo, y los órganos del Estado; o entre el soberano y el órgano del soberano[23]. El soberano, es decir, el cuerpo electoral, no tendría limitaciones legales como Poder Constituyente, pero los órganos del soberano no sólo tienen limitaciones que les son impuestas por aquél, sino que también están sujetos a diferentes tipos de control, incluso el político por las mismas personas que lo eligieron, por ejemplo, a través de un referéndum.

Lo que es cierto es que en el mundo moderno, casi todos los sistemas constitucionales establecen limitaciones al ejercicio del poder por parte del órgano legislativo, normalmente incorporados en una Constitución escrita y rígida, y no identifican al soberano con el Legislador o el Parlamento, sino con el pueblo como cuerpo electoral. En todo caso, este principio de Estado de derecho o del Estado según la ley, implica que el pueblo como electorado es el único cuerpo soberano que no tiene limitaciones a su poder, salvo los que se impone a si mismo, por lo que todos los otros órganos o cuerpos del Estado están sujetos a la ley[24]. Y "ley" aquí, quiere decir, no sólo "ley formal", es decir, un estatuto o acto de la Asamblea legislativa o Parlamento, sino también, todas las normas que forman el ordenamiento jurídico estructurado en forma jerárquica, con la Constitución en la cúspide como ley suprema o *Grundnorm.* En este mismo sentido amplio, la expresión "principio de legalidad" empleada en el derecho continental, debe entenderse como equivalente de Estado de derecho.

Por consiguiente, "legalidad", en el derecho constitucional contemporáneo, no es sólo la sumisión a la "ley formal" como acto sancionado por el Legislador, como sucedía en el ueno Siglo pasado con respecto a las acciones administrativas y como consecuencia del principio de la supremacía de la ley, sino que quiere decir sumisión al ordenamiento jurídico, incluyendo a la Constitución y a otras fuentes de derecho. Además, en el mundo contemporáneo, el principio de legalidad no sólo se refiere a la sumisión de todos los órganos del Estado a las normas que regulan su funcionamiento.

Sin embargo, desde el punto de vista histórico, en Europa continental, inicialmente, el principio de legalidad se entendió en sentido restringido. Se consideraba que si el Estado iba a estar sujeto a la ley, esa expresión "ley" se entendía en su sentido formal como acto sancionado por él Legislador, considerado como el cuerpo que representa al pueblo, y como una expresión de voluntad general. En este sentido, además, la expresión "ley" como un acto del cuerpo legislativo fue la que Locke empleó para definir la libertad del hombre conforme a la ley.

En tal sentido expresó:

---

21 *Idem,* pp. 64-65.

22 J. Austin, *The Province of Jurisprudence Detennined* (ed. H. L. A. Hart), Londres, 1954, Lee. VI, pp. 230, 231, 251, citado por H. L. A. Hart, *op. cit.* p. 72.

23 C. M. H. McIlwain, *Constitutionalsm and the Changing World,* Cambridge, 1939, p. 31.

24 J. D. B. Mitchell, *Constitutional Law,* Edimburgo, 1968, p. 62.

"La libertad del hombre en la sociedad consiste en estar sometido sólo al poder legislativo establecido, por consentimiento, en la Comunidad; no bajo el dominio de ninguna voluntad, restricción o ley, sino sólo de lo que el legislativo sancione conforme a la confianza en él depositada"[25].

En el mismo sentido, "ley" como expresión de la voluntad general, en la terminología de Rousseau, era lo que había sido legislado por el Legislador[26].Conforme a esta orientación, además fue que se elaboró la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y Ciudadano de 1789, en cuyo artículo 6 se señala:

"La Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a participar personalmente o a través de sus representantes en su formación"[27].

Sin duda, este sentido restringido de la "ley" fue el generalmente empleado en Francia durante el Siglo XIX y a lo largo del siglo XX, en relación a la noción del principio de legalidad. Por ejemplo, Raymond Carré de Malberg, uno de los clásicos autores de derecho constitucional más importantes de principio del Siglo XX señaló lo siguiente sobre el criterio formal para la definición de la ley:

"El acto parlamentario de legislar se puede comparar al trabajo de un órgano que, con respecto a la formulación de las leyes, goza de un poder especial exclusivo, y en este sentido constituye un acto del poder del Estado".

Y añadió:

"En la asamblea de diputados que representa la Nación, los ciudadanos mismos, todos los ciudadanos, como miembros constituyentes de la Nación están representados y por ende, participan en la elaboración de las leyes"[28].

En esta tradición, la ley como expresión de la voluntad general legislada por el Parlamento, era la garantía fundamental de la libertad. Por ello puede decirse que después de la Revolución francesa, las leyes propuestas para la limitación de poder derivadas del principio del Estado de derecho no eran, en cuanto a su contenido, los estatutos o leyes normalmente aprobadas hoy en día por el Parlamento; se trataban más bien de lo que Eduardo García de Enterría ha denominado, "leyes de libertad"[29], es decir, leyes destinadas para permitir a los miembros del cuerpo social para desenvolverse libremente, principalmente debido a que el Estado tenía, como función principal, asegurar el ejercicio de las libertades por parte de los ciudadanos. Esa era la esencia del liberalismo en su perspectiva política, por lo que a este respecto, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 expresó:

Art. 2: "La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescindibles del Hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión".

---

25 J. Locke, Two Treaties of government, (ed. Peter Laslett), Cambridge, 1967, Capítulo 4.

26 J. J. Rousseau, *Du* contrat *Social* (ed. Ronald Grimsley), Oxford, 197, 2 Libro II, Cap. V, p. 136; Libro III, Cap. IV, p. 163.

27 Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Los Derechos Humanos en Venezuela: casi 200 año» de historia,* Caracas, 1990, p. 24; y en W. Laqueur y B. Rubin, *The Human Rights Reader%* 1979, p. 119, *Cfr.* G. de Ruggeiro, *The History of the European Liberalism,* Boston, 1967, p. 67.

28 R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté, genérale,* citado por M. Letourneur y R. Drago, "The Rule of Law as understood in France". *American Journal of Comparative Law,* 7, 1958, p. 148.

29 E. García de Enterría, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea,* Madrid, 1972, p. 16.

Art. 4: "La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudica a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites pueden ser determinados por la ley"[30].

Al definir el principio de la legalidad, los autores franceses[31] han utilizado en general este significado restringido del término ley, como ley formal; sin embargo, algunos de ellos lo han analizado en sentido más amplio como "ordenamiento jurídico"[32], o como Hauriou lo llamó, el *"bloc légal"* (bloque legal) o *"bloc de la légalité"* (bloque de la legalidad)[33].

En todo caso, la razón para la utilización en Francia de este sentido tan reducido del principio de legalidad incluso en la época moderna y a pesar de las Constituciones escritas adoptadas en ese país desde 1791, reside en el hecho de que dicho principio, normalmente fue formulado en relación al control del Poder Ejecutivo y de la Administración Pública, particularmente debido al concepto tradicional de la supremacía de la ley; y también, a la tradicional ausencia de cualquier tipo de protección dada a los ciudadanos contra las acciones legislativas contrarias a la Constitución[34] con la excepción del control *a priori* de la constitucionalidad de las leyes, por parte del Consejo Constitucional.

En efecto, con el desarrollo de un sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en Francia, gracias al funcionamiento del Consejo Constitucional y a sus decisiones de las últimas décadas del Siglo XX, y debido a la expansión de los modelos norteamericano americano y austriaco de control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos legislativos en los sistemas legales con Constituciones escritas, se ha aceptado definitivamente la diferencia entre la Constitución como norma del Poder Constituyente y la Ley, como acto de uno de los poderes constituidos, la Asamblea Nacional o el Poder Legislativo, subordinado al anterior, y con ello, la expansión del principio de legalidad.

En esta perspectiva, los actos del cuerpo legislativo son *per se* normas dictadas en ejecución directa de la Constitución y, por consiguiente, subordinadas a ella. En consecuencia, el principio de legalidad en el Estado de derecho contemporáneo también comprende el "principio de constitucionalidad". Por consiguiente, los actos dictados en ejecución directa de la Constitución están sometidos a ella y pueden ser controlados; de ahí el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes.

Ahora bien, hay dos aspectos que deben retenerse de lo dicho anteriormente: en primer lugar, que el principio de legalidad, en el contexto del Estado de derecho, se refiere específicamente a todos los órganos y poderes del Estado, y no sólo a uno, básicamente al Poder Ejecutivo o a la Administración Pública. En consecuencia, en un Estado con Constitución escrita, el órgano legislativo también está limitado por el "principio de legalidad", en el sentido de que sus actividades están constitucionalmente limitadas por lo que, en muchos países pueden ser objeto de control judicial o jurisdiccional.

---

30 Arts. 2 y 4. Véase en Alian R. Brewer-Carías, *op. cit.,* p. 24 y en W. Laqueur y B. Rubin, *op. cit.,* p. 118-119.

31 Ch. Eisenmann, "Le Droit Administratif et le principe de légalité". *Etudes et Documente, Conseil d'Etat,* N9 11, París, pp. 45-50. Letourneur y R. Drago, *op. cit.,* p. 49.

32 A. de Laubadére, *Traite Elémentaire de Droit Administratif*', París, Nº 369; G. Vedel, *La soumision de Administration á la loi* (extraído de la *Revue al Quanon Wal Igtisad,* año 22, El Cairo Nos. 26, 31, 47, 58, 94. 165, 166, citado por Ch. Eisenmann, *loc. cit.,* pp. 26-27.

33 Ch. Eisenmann, *loc. cit.,* p. 26.

34 A. Tune, "Government under Law: a Civilian View" en Arthur E. Sutherl and (ed.), *Government under Law,* Cambridge, Mass. 1965, p. 43.

En segundo lugar, que en la expresión "principio de legalidad", el término "ley" debe entenderse en el sentido más amplio de "ordenamiento jurídico", y no en el sentido formal de acto emanado del Parlamento, por lo que comprende la Constitución en sí misma, las leyes formales y todas las otras normas del ordenamiento jurídico conformadas en un sistema legal que deriva de la Constitución en forma escalonada y jerarquizada.

Este enfoqué conduce a la necesidad de identificar los aspectos centrales de cada sistema jurídico para determinar cuales son las normas aplicables a cada órgano del Estado; en otras palabras, para establecer los confines de la legalidad a la cual están sometidos los diferentes órganos del Estado.

En este sentido, ante todo debe indicarse que en general, en todos los sistemas legales[35] existe y debe existir una distinción entre, por una parte, las normas que integran la Constitución en sí misma, como derecho positivo superior, y por otro lado, las normas que son sancionadas por una autoridad con poderes derivados de la Constitución. En otras palabras, debe establecerse una distinción entre la norma constituyente y legislación ordinaria.

Esta distinción entre el ordenamiento constitucional y la legislación ordinaria, por supuesto, tiene un carácter fundamental en el constitucionalismo moderno, particularmente en aquellos sistemas con Constituciones escritas. Como ya lo señalamos, si el principio de legalidad implica que todas las actividades de un Estado deben realizarse conforme a la ley, indudablemente que resulta necesario determinar, ante todo, cual es la regla de derecho a la cual cada acto del Estado debe confirmarse. Para ello, las normas del ordenamiento que forman un sistema jurídico se organizan, deliberada o espontáneamente, en forma jerárquica, de manera que existen normas en un nivel superior que siempre prevalecen sobre otras normas de nivel inferior.

Para su identificación, la teoría de Kelsen sobre los sistemas jurídicos como una jerarquía de normas es, sin duda, un método útil, pues permite determinar la relación jerárquica que existe entre el conjunto normas o de reglas de derecho que forman un sistema legal. En este sentido, cada norma que pertenece al sistema, normalmente se deriva de otra norma, y esta cadena de derivaciones culmina en un *Grundnorm* o Constitución, que constituye la última razón que justifica la existencia de todas las normas del sistema.

Al hablar de derivación, Kelsen se refirió al modo en que se crean las normas, en el sentido de que una norma siempre es creada conforme al poder establecido por otra norma[36]. En este sentido expresó:

> "Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden, cuando,- en el análisis final, su validez depende de una norma o ley única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden y que forma su unidad. En esta forma, una norma pertenece a un orden dado cuando sólo existe la posibilidad de hacer que su validez dependa de la norma fundamental que es la base de tal orden"[37].

Esta teoría de sistematización gradual del ordenamiento jurídico en forma jerárquica, con la Constitución en la cúspide, fue desarrollada en el campo del derecho administrativo por Adolf Merkl, de la misma llamada "Escuela de Viena", a la cual también perteneció

---

35 G. MacCormack, "Law and Legal system", *The Modern Law Review,* 42 (3). 1979, pp. 285-290: "Legal system" entendido como una recolección de reglas de derecho que tienen en común su interrelación en un orden en particular, básicamente jerárquico.

36 H. Kelsen, *General theory of Law and State,* trans. Wedberg, rep. 1901, pp. 110 y ss.

37 H. Kelsen, *Puré Theory of Law,* Cap. IX, *Teoría pura del Derecho,* Buenos Aires, 1981, p. 135.

Hans Kelsen[38]. Esta teoría, sin duda, proporciona un buen método de orden lógico para construir un sistema que contenga los diversos niveles normativos del ordenamiento jurídico de cualquier Estado en un momento dado, y también suministra una explicación lógica para determinar la validez formal de cada uno de esos niveles normativos. Además, permite establecer los confines formales de la "legalidad" de cada uno de los actos de los diversos órganos del Estado, en relación con el nivel o grado que tiene cada norma que se crea en ese sistema jurídico.

En efecto, el derecho positivo de cualquier Estado, en un momento dado, consiste no sólo en las leyes como actos formales del Parlamento, sino también en otros actos normativos, como los decretos leyes, los reglamentos, las costumbres, los principios generales del derechos y toda una serie de reglas, incluyendo la jurisprudencia, algunas específicas e individualizadas como los contratos, las decisiones, de los Tribunales y los diferentes tipos de actos y disposiciones administrativos. Todos estos preceptos que hacen que el ordenamiento jurídico se aplique en un momento determinado, no sólo tienen orígenes diferentes sino también diferentes jerarquías o grados, de manera que no puede considerarlas como normas coordinadas situadas en yuxtaposición[39]. Al contrario, todo ordenamiento jurídico tiene una estructura jerarquizada con sus normas distribuidas en diferentes niveles, más o menos una sobre la otra. Dentro de esta jerarquía, necesariamente debe haber una conexión formal entre las normas, pues están orgánicamente relacionadas, a pesar de sus orígenes y características diferentes.

En consecuencia, el ordenamiento jurídico no puede ser interpretado como un mero agregado de componentes inorgánicos y desordenados, o simplemente como una mera yuxtaposición causal de normas. Al contrario, para poder comprender a cabalidad el ordenamiento jurídico de un Estado, todos esos componentes deben organizarse en forma jerárquica, de manera que formen un sistema jurídico, con diferentes tipos de normas unificadas y relacionadas. En otras palabras, deben responder a un orden sistemático, con relaciones de coordinación y dependencia entre las diferentes partes.

Tal como ya lo hemos expresado, el principio que establece la relación entre todas las normas de tan variado origen, nivel y alcance, conformándolas dentro de un sistema, es la existencia de una base común de validez, bajo la forma de una ley fundamental y superior. Así, un conjunto de reglas o normas de derecho constituye un sistema jurídico relativamente independiente, cuando la justificación y validez de las mismas se deriva de una sola norma, en la que formalmente se basan todas. Y esta norma se denomina, en relación con todas las demás, como la norma fundamental o la Constitución.

Este método de construcción de un ordenamiento jurídico en vigor a través de un sistema graduado de normas se fundamenta en el hecho de que la creación de una norma legal siempre se basa en otra norma legal. Por consiguiente, puede hablarse de una norma superior y otra inferior. Por ejemplo, la sanción de leyes ordinarias o actos del Parlamento están regulados por la Constitución; la decisión respecto de quién debe reglamentar y la forma en que debe hacerse, está regulada por algunas leyes formales. Además, las decisiones judiciales y las actuaciones de los tribunales están sujetas a normas legales anteriores establecidas en leyes formales y en reglamentos. Asimismo, la validez de las normas o actos administrativos está establecida en las leyes ordinarias, en los reglamentos y así sucesivamente.

---

38 Véase A. Merkl, *Teoría General del Derecho Administrativo,* Madrid, 1935, pp. 7-62. Véase también H. Kelsen, "La Garantie juridicionnelle de la Constitution (La Justice Constitutionnelle)", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a Vétranger,* París, 1928, pp. 197-257.

39 H. Kelsen, *Teoría pura…*, *cit.,* p. 147.

En esta forma, el principio de conexión interna de un sistema jurídico consiste en basar la validez de ciertas normas en la validez de otras. Según este método, podría afirmarse que cada categoría de normas se basa en otras de mayor jerarquía, y al mismo tiempo, sirve de base para otras de menor jerarquía. En consecuencia, todo el ordenamiento jurídico en vigor constituye un sistema graduado en estructuras jerarquizadas, donde cada norma depende de unas, mientras que, al mismo tiempo, sirve de base para otras. Según este método, la validez de todas las normas de un ordenamiento jurídico dado proviene, en última instancia, de la Constitución, siendo ésta la norma que regula toda la estructura del sistema jurídico, y que se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico en el cual éste se basa.

En cualquier caso, la sistematización formal de un ordenamiento jurídico es indispensable para la determinación del alcance de la aplicación de la ley a los órganos del Estado, porque en ambos casos, a menudo surgen situaciones en las que dos disposiciones, antagónicas en su contenido, están aparentemente en vigor. En tales casos siempre será necesario determinar cual de las dos es la que está realmente en vigor, a fin de establecer cuál es la que tiene un nivel superior o inferior en caso de conflicto, y qué órgano del Estado tiene la competencia de decidir cuál está en vigor y cuál no.

En resumen, para resolver el asunto de la validez formal de las normas aplicadas a los órganos del Estado, es necesario desde el punto de vista de la lógica, sistematizar formalmente el conjunto de normas de derecho en una estructura unificada. Y esa es, precisamente, la razón por la cual consideramos que el sistema graduado de normas de derecho constituye una herramienta apropiada.

Con este método, en el análisis global del ordenamiento jurídico, se puede establecer una distinción entre aquellos actos de Estado que se dictan en ejecución directa e inmediata de la Constitución, es decir, que son dictados directamente en ejercicio de poderes constitucionales, y aquéllos cuya ejecución no está directamente relacionada con la Constitución y que se dictan en ejercicio directo de poderes establecidos en normas de derecho inferiores a la Constitución. Son actos de ejecución directa e inmediata de la legislación y de ejecución indirecta y mediata de la Constitución.

Entre los actos que surgen de la ejecución directa e inmediata de la Constitución se encuentran, en primer lugar, las "leyes formales", es decir; los actos del Parlamento dictados de conformidad con las disposiciones de la Constitución, así como los actos formales de naturaleza legislativa, sancionados por entidades territoriales políticamente descentralizadas; por ejemplo, en un Estado Federal, las Constituciones y leyes dictadas por los Consejos o Asambleas Legislativas de los Estados miembros de la Federación; o los actos formales, también de naturaleza legislativa (las ordenanzas), de autoridades municipales, cuando estas últimas tienen autonomía política.

En todos estos casos, las leyes como actos "formales" de los cuerpos legislativos son producto del ejercicio directo de competencias establecidas en la Constitución del Estado. Por consiguiente, derivan de una competencia establecida en la Constitución, ejercida en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

Esta es la razón por la cual, respecto a las leyes formales de la Asamblea Nacional, por ejemplo, la norma de derecho que establece los límites a sus actividades, es la "norma de la Constitución", en el sentido de que en un sistema constitucional escrito, el órgano legislativo encuentra sus límites de legalidad en las normas de la Constitución. El principio de legalidad en relación a la Asamblea Nacional implica, por consiguiente, el sometimiento a la Constitución por lo que el control judicial sobre sus actos sólo puede ser de carácter constitucional (Jurisdicción Constitucional).

Pero, en los sistemas legales con Constituciones escritas, el Parlamento no sólo dicta leyes formales como actos dictados en directa ejecución de la Constitución, sino también

dictan otros actos en ejecución directa e inmediata de atribuciones estipuladas directamente en la Constitución, y que no constituyen "leyes formales", como es el caso de los actos normativos parlamentarios que regulan, internamente, la organización y los procedimientos de la Legislatura. Estos actos se conocen con el nombre de *interna corporis,* es decir, actos que regulan el funcionamiento de la Asamblea.

Adicionalmente, el Parlamento también puede dictar otros actos que tampoco son "leyes formales" ni actos con efectos internos, pero que igualmente se emiten en ejecución directa e inmediata de atribuciones constitucionales. En efecto, en muchas Constituciones escritas y debido al sistema de pesos y contrapesos de la separación de poderes, se han previsto un gran número de intervenciones legislativas en las actividades del Ejecutivo, de manera que algunos actos de éste requieren como condición de validez, la aprobación o la autorización de la Asamblea legislativa. Esto sucede, por ejemplo, con el nombramiento de funcionarios de alto nivel en el Gobierno nacional, por ejemplo, el Procurador General de la República o los de las misiones diplomáticas; con la celebración de empréstitos y con las modificaciones al presupuesto (créditos adicionales). En muchos países, para ello, el Ejecutivo requiere la autorización o aprobación de la Asamblea antes de tomar cualquiera de esas acciones.

Todos estos actos del Parlamento, aun cuando no son leyes formales, gozan de la misma jerarquía que la ley formal en el sentido que sólo están sometidos a la Constitución, la cual los regula. Por consiguiente, están sujetos a la Constitución, y también pueden ser controlados judicialmente para velar por su sometimiento la norma constitucional con la que deben estar conformes.

Pero, en los sistemas de Constitución escrita, este documento fundamental en algunos casos también atribuye poderes directos al Jefe del Estado, para ejercer algunas actividades que no están sujetas a regulación por parte del legislador ordinario, y, que el Legislador no puede ni regular ni limitar a través de las leyes. Nos referimos aquí a los actos que normalmente tienen que ver con el "gobierno" en el sentido político, y que se reservan a los Jefes de Estado o de Gobierno. Son los que se conocen en el derecho continental europeo como "actos del gobierno" o "actos políticos", más o menos equivalentes a la noción norteamericana de "cuestión política"[40], los cuales como son actos que se dictan en ejecución directa e inmediata de la Constitución, no están sujetos a regulación por ley formal, y son ejercidos por el Jefe de Estado basándose en disposiciones directas de la Constitución. En consecuencia, estos actos del Gobierno también se colocan en el mismo nivel que las leyes formales, y sólo están sujetos a lo establecido en la Constitución, la cual determina su ámbito de legalidad.

La ausencia tradicional de control judicial o jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos del Estado, y el poder limitado conferido a los tribunales administrativos en Francia y en otros países continentales europeos, hizo que durante el Siglo XX se creara la doctrina de los *"actes du gouvernement"* (actos del Gobierno) o *"political acts"* (actos políticos) como una supuesta excepción del principio de legalidad, en el sentido de que no estaban sujetos a control por parte de los tribunales administrativos. En Francia, fueron las decisiones del Concejo de Estado las que declaraban su incompetencia para controlar dichos actos, y ello llevó a la creación de esa doctrina, estableciendo una distinción entre la acción administrativa, que debe estar sujeta al control jurisdiccional y la acción gubernamental, que no estaba sujeta a dicho control. Esta acción gubernamental se fue reduciendo progre-

---

40 Allan R. Brewer-Carías, "Comentarios sobre la doctrina del acto de gobierno, del acto político, del acto de Estado y de las cuestiones políticas como motivo de inmunidad jurisdiccional de los Estados en sus Tribunales nacionales", en *Revista de Derecho Público*, Nº 26, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1986, pp. 65-68.

sivamente a dos campos básicos: los actos del Jefe de Estado o de Gobierno en relación al órgano legislativo, por ejemplo, el poder que tiene el Ejecutivo de someter proyectos de ley a la legislatura, y actos referentes a las relaciones internacionales, como por ejemplo el proceso de elaboración o denuncia de un tratado[41].

Por el contrario, en sistemas jurídicos con control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos del Estado, estos "actos del gobierno", aun cuando escapan al control de los tribunales administrativos por no estar sujetos a la "ley formal" y no ser actos administrativos, sin embargo, si están sujetos al control jurisdiccional de su constitucionalidad. Una vez más puede decirse que esos actos de los Jefes de Estado o de Gobierno, sin lugar a dudas, están sujetos al principio de legalidad; pero aquí también "legalidad" significa constitucionalidad (sometimiento a la norma de la Constitución). Por consiguiente, en caso de que no existiera ningún sistema de control jurisdiccional o judicial de la constitucionalidad, los tribunales ordinarios contencioso-administrativos declararían su incompetencia para controlarlos sobre una base de inconstitucionalidad y no porque ello constituya una excepción al principio de legalidad. De nuevo aquí, con referencia a cada acto del Estado, lo que debe es definirse los límites de lo que significa legalidad para ellos, para así establecer sus condiciones de validez. En Venezuela, por ejemplo, los actos de gobierno están sujetos al control constitucional por parte de la Jurisdicción Constitucional

Pero, además de los llamados "actos del gobierno" dentro de los actos de los Jefes de Estado o de Gobierno dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, puede agregarse los "decretos ley" que tienen la misma jerarquía que una "ley formal" y que se producen cuando la Constitución atribuye ciertos poderes legislativos al Poder Ejecutivo, es decir, al Jefe de Estado, o estos le son delegados por la Asamblea con autorización constitucional. En esos casos, se trata de la producción de actos con rango y fuerza de "ley formal", en cuanto a su jerarquía y contenido pero que no son dictados por el Legislador normal, sino por el Jefe de Estado o de Gobierno en ejecución directa de la Constitución. Tomando en cuenta su contenido normativo, a pesar de que requieran de una ley habilitante o de delegación, son actos que se emiten en ejecución directa de la Constitución, sobre la base de un poder establecido directamente en la misma, y de la delegación efectuada por el Parlamento, de conformidad con las disposiciones de la propia Constitución. En dichos casos, los decretos ley tienen la misma jerarquía que las leyes formales ordinarias, aunque, en virtud de su contenido, pueden ser reemplazados por una ley formal ordinaria sancionada por el Parlamento.

En todos esos casos, los actos dictados por los órganos constitucionales son actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, y por consiguiente, subordinados sólo a la Constitución. El principio de legalidad del Estado, por tanto, es decir, la necesaria sumisión de los órganos del Estado a la ley, en lo referente a estos órganos constitucionales y a los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, equivale a sometimiento a la Constitución y al bloque de constitucionalidad. Como ya lo mencionamos, en todos estos casos, "legalidad" equivale a "constitucionalidad" tanto para el Parlamento como para el Jefe de Estado o de Gobierno; en otras palabras, sumisión a la Constitución, o actuación de conformidad con las normas establecidas por la Constitución, dentro de los límites constitucionales.

Pero, en la sistematización formal del ordenamiento jurídico, dentro de este sistema graduado de producción de normas, salvo todos los actos dictados en ejecución directa de la Constitución, los demás órganos del Estado, particularmente en las áreas administrativas,

[41] A. Tune, "Government under Law: a civilian view", *loc. cit.,* pp. 46-47.

de control y judiciales, estas se ejercen, no en ejecución directa de las normas constitucionales sino más bien, en ejecución directa de la "legislación", es decir, de las leyes formales o los actos del Parlamento, incluso, de los actos de gobierno o los decretos leyes dictados por los órganos constitucionales competentes, a su vez en ejecución directa de la Constitución.

En esta forma, todas las actividades administrativas son en última instancia, actos dictados en ejecución directa e inmediata de la "legislación", y en ejecución indirecta e mediata de la Constitución.

En consecuencia, en un Estado de derecho, el grado de sumisión de la Administración Pública al principio de la legalidad, es de mayor ámbito que el de la sumisión a las normas de derecho por parte de los órganos constitucionales del Estado. La Asamblea o el Parlamento están sometidos a la Constitución e, incluso, el Jefe de Estado o de Gobierno, cuando dicta actos de gobierno sólo está sometido en general, a la Constitución; mientras que los órganos y las autoridades administrativas están envueltos en un área de legalidad de mayor ámbito puesto que están sometidos a la "legislación", la cual ejecutan. Esta es la razón por la cual, en este campo, el principio de legalidad tomó el significado que normalmente tiene en relación a la actividad administrativa del Estado contemporáneo.

Este enfoque del sistema graduado del ordenamiento jurídico para el análisis de los sistemas legales, el cual ha sido recogido expresamente en la Constitución de 1999, como ya lo mencionamos, tiene enormes implicaciones en el campo del control judicial o jurisdiccional de las actividades y acciones del Estado.

En efecto sería inútil formular el principio de legalidad en el Estado de derecho, o mejor dicho del sometimiento del Estado a la norma de derecho, si no se estableciera algún mecanismo a través del cual los individuos pudieran controlar judicialmente el sometimiento efectivo de los órganos del Estado al derecho. Esto obviamente, nos lleva a los dos aspectos principales del control de la constitucionalidad y legalidad en el mundo moderno, evidentemente condicionados por el grado de ejecución de los actos del Estado con respecto a la Constitución.

En efecto, en aquellos sistemas en los cuales existe una Constitución escrita, la máxima expresión del principio de la legalidad se ye reflejada en el establecimiento de dos sistemas de control jurisdiccional sobre el ejercicio de poder: el control de la constitucionalidad y el control de la legalidad, en el sentido más estricto de la palabra.

En el caso de los actos del Estado dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, es decir, los actos del Parlamento como las leyes formales o las *interna corporis;* o los actos del Jefe de Estado o de gobierno, dictados en ejercicio de poderes otorgados directa y exclusivamente por la Constitución, para que exista un Estado de derecho en todo el sentido de la palabra, deben estar sujetos a algún sistema de control judicial o jurisdiccional de la constitucionalidad. En este sentido se establecieron, por ejemplo, en Europa continental los Tribunales Constitucionales como órganos constitucionales con el único propósito de controlar la constitucionalidad de los actos del Estado sancionados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, como las leyes, y los actos internos del Parlamento, así como los actos de gobierno y los decretos leyes. No es por casualidad que si en Europa, los primeros países en los que se establecieron los primeros Tribunales Constitucionales como Austria y Checoslovaquia (1920), fueron precisamente aquellos en los cuales la organización del sistema constitucional estaba directamente influenciada por la teoría de Kelsen sobre del sistema jurídico como jerarquía de normas. El objetivo específico de estos Tribunales Constitucionales fue juzgar la inconstitucionalidad de los actos del Estado dictados en ejecución directa de la Constitución. Pero no fue sino hasta la década de los cuarenta del Siglo pasado, después de la Segunda Guerra Mundial, cuando en Europa con-

tinental se generalizaron los Tribunales Constitucionales para juzgar la constitucionalidad de las leyes y de los actos de gobierno, en particular los que tienen fuerza de ley[42]. En América Latina, la tradición de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes se remonta al Siglo XIX, pero la creación de Tribunales Constitucionales o de Salas Constitucionales de los Tribunales Supremos, como Jurisdicción Constitucional, es de más reciente data.

En otro sentido, debe señalarse que precisamente debido a la ausencia de un órgano constitucional encargado del control de la constitucionalidad de los actos del Estado dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, y además por la expansión del principio de legalidad en relación a los actos administrativos, fue que se produjo una distorsión en la concepción del Estado de derecho con el desarrollo de la doctrina antes mencionada, de los "actos de gobierno" o "actos políticos". El objetivo de la doctrina era excluir del control de la legalidad a cargo de los tribunales contencioso-administrativos, de ciertos actos políticos dictados por el Jefe de Estado, pero sin que existiera un control alterativo de constitucionalidad. En esta forma, la famosa doctrina francesa de los "actos de gobierno" o de los "actos políticos" en el derecho italiano o español, sé desarrolló mucho antes de que se establecieran en esos países Tribunales Constitucionales. Como ya lo expresamos, según esa doctrina, se suponía que había algunos actos del Ejecutivo que, aunque estaban considerados erróneamente como actos administrativos no estaban sometidos a control de legalidad. Esto se debió, principalmente, a que se considerara inicialmente que habían sido formulados por razones políticas, o más tarde, cuando esa doctrina estaba llegando a su fin, porque se considerara que se refería a asuntos establecidos directamente en la Constitución, con referencia a las relaciones entre los diferentes poderes del Estado o entre los órganos constitucionales, o a otros Estados en el orden internacional.

Como ya se señaló, esos actos no estaban sometidos al control contencioso administrativo ni al control de la legalidad administrativa, no porque no se tratará de actos administrativos dictados por razones políticas, sino porque, contrariamente a lo que se aseveraba, en realidad, no eran actos administrativos. En efecto, eran actos de gobierno dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y el único control al que se les podía someter era al control de la constitucionalidad, que significa su sumisión a la norma que se había ejecutado para su emisión, es decir, la misma Constitución. Como en esos países no había control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos del Estado, tampoco podía haber control jurisdiccional sobre esos actos, hecho que contribuyó a la distorsión de la doctrina del "acto de gobierno". Por ello, en países como Italia y España, el subsiguiente establecimiento del control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos ejecutivos con fuerza de ley, tuvo como consecuencia la reducción o desaparición de la doctrina de la inmunidad jurisdiccional de los actos políticos. Estos actos están ahora bajo el control de los Tribunales Constitucionales.

En Francia, como aún no existe un verdadero control posterior de la constitucionalidad de los actos dictados en ejecución de la Constitución, todavía, existe la doctrina de la exención de "actos de gobierno" del control contencioso-administrativo, lo que tradicionalmente ha creado un área inmune al control de la legalidad, aún cuando cada vez más reducida.

En todo caso, además de los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, en los sistemas legales graduados que han dado origen a los sistemas de control judicial o jurisdiccional de la constitucionalidad, es evidente que el principio de legalidad, por su ámbito, desempeña un papel mucho más importante en el segundo nivel de eje-

42 Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law,* Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

cución del ordenamiento jurídico, es decir, en aquellos actos del Estado dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación, o en ejecución indirecta y mediata de la Constitución. Aquí, el principio de legalidad se ha desarrollado en el pleno sentido de la palabra, particularmente con referencia a la Administración Pública, dando origen al control judicial o jurisdiccional de la legalidad de los actos administrativos (Jurisdicción contencioso-administrativa), y por consiguiente, al derecho administrativo.

Pero este principio de legalidad, principalmente en sistemas legales con Constituciones escritas, implica por supuesto, no sólo que los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo o más ampliamente la Administración Pública estén sujetos a las normas de derecho, sino que los otros órganos del Estado, incluyendo los órganos legislativos, también estén sujetos a las normas de derecho. En consecuencia, lo que constituyen las normas de derecho en relación a cada órgano del Estado, varía y tiene un ámbito diferente dependiendo de la posición que tiene cada norma o acto del Estado en el sistema jurídico jerarquizado. Por ello, para el Legislador, legalidad quiere decir constitucionalidad o sumisión a la Constitución, igual que para el Jefe de Estado con respecto a los actos de gobierno. En ambos casos, dichos actos se adoptan en ejecución directa e inmediata de la Constitución, sin la interferencia de actos del Parlamento, en forma tal que sólo están subordinados a la Constitución y no puede en general haber ley alguna que los condicione.

En cuanto a los órganos de los poderes judicial, ejecutivo, ciudadano o electoral, en cambio, el principio de legalidad tiene un sentido más amplio, pues incluye no sólo la Constitución, sino también a todos los actos del Estado con carácter general y normativo, y particularmente, los de rango "legislativo". En estos se incluye, además de los actos del Parlamento o leyes formales, todos los demás actos del Estado dictados con la misma fuerza legal, como por ejemplo, los decretos-leyes y los actos de gobierno emanados del Jefe de Estado conforme a los poderes constitucionales. En el principio de legalidad relacionado con los poderes ejecutivo, ciudadano y electoral también se incluyen todas las demás normas legales que limitan la acción administrativa, así como los principios generales del derecho que deben ser observados por los órganos de la Administración Pública. De allí que en los sistemas de derecho público contemporáneos, el principio de legalidad en relación con la acción ejecutiva y administrativa, haya tenido, una mayor importancia.

Debe señalarse que, en la evolución del Estado contemporáneo, el principio de legalidad se había referido tradicionalmente a la sumisión de los órganos de la Administración Pública a la ley en el sentido de "ley formal", es decir, actos normativos dictados por el Parlamento, entendiéndose que la Administración Pública siempre debía actuar sometida a una norma de derecho preexistente. Este principio de la legalidad originalmente confinado a la sumisión a la ley formal, progresivamente se ha venido expandiendo al punto de que el término "legalidad" se volvió sinónimo de ordenamiento jurídico, en el sentido de que en un sistema jurídico graduado y jerarquizado, la Administración Pública está subordinada a todas las normas superiores que gobiernan sus actividades. En consecuencia, en este contexto, la "ley" no sólo es ley en el sentido formal, sino también incluye a los demás actos normativos como los tratados internacionales firmados por los Estados respectivos, a los decretos-ley y reglamentos y todo el resto de las otras fuentes normativas de derecho aplicadas en la Administración Pública, incluyendo los principios generales del derecho.

Conforme a este principio de la legalidad, en un Estado de derecho, a diferencia de la situación que se presenta en regímenes autoritarios, las actividades de los órganos de la Administración Pública están sujetas a control jurisdiccional, sea a través de los mecanismos judiciales ordinarios, sea mediante sistemas especiales de control propios del derecho administrativo (contencioso-administrativo), implementados mediante acciones otorgadas a los particulares para controlar cualquier violación legal que pueda haber sido cometida por, la misma Administración. Precisamente, si bien en algunas oportunidades la teoría de po-

deres discrecionales pudo haber abierto un vacío en el principio de legalidad, poco a poco éste se fue rellenando mediante el ejercicio progresivo de control judicial de los actos discrecionales, con el resultado es que, a pesar de la libertad otorgada a la Administración Pública para que tome decisiones, esos actos también están subordinados al control jurisdiccional de la legalidad, y ya no se los considera en ningún país como una excepción al principio de legalidad, tal y como habían sido originalmente diseñados en el derecho administrativo francés.

Cuando se confieren poderes discrecionales, la ley otorga a la Administración una cierta libertad para tomar las acciones o decisiones que considere más convenientes, respecto del hecho concreto, según su propia apreciación. Sin embargo, se ha aceptado y establecido a través del control jurisdiccional contencioso administrativo de la actividad administrativa, que el poder discrecional tiene límites, y no puede transformarse en arbitrario. Por ello, como se analiza más adelante, en el derecho administrativo progresivamente se fueron identificando diferentes límites para el ejercicio del poder discrecional derivados de los principios de la proporcionalidad, racionalidad, no discriminación, igualdad y justicia. Asimismo, se ha aceptado que el uso de poderes discrecionales por parte de la Administración no puede conducir a la violación de los principios generales que orientan el procedimiento concerniente al debido proceso y a la defensa. Prueba de que ello es el derecho de los administrados a ser oídos antes de que se adopte un acto administrativo que los afecte, de manera que el individuo que pueda verse afectado por tal decisión pueda tener la oportunidad de expresar y defender sus derechos.

Todos estos principios han conducido a la limitación de los poderes discrecionales, que aun cuando se originaron jurisprudencialmente, con posterioridad se han consagrado en varios países, en leyes formales que se relacionan con los procedimientos administrativos[43]. Un ejemplo de este proceso de formalización del establecimiento de límites al poder discrecional es el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981 conforme al cual cuando a una autoridad administrativa le ha sido otorgada por una ley o un reglamento, suficiente libertad para tomar una medida o decisión basada en su propia apreciación de las circunstancias de hecho y de tiempo que la motivan, debe respetar, en primer lugar, el principio de la proporcionalidad de la acción administrativa; en segundo lugar, debe perseguir los fines para los cuales se han otorgado los poderes discrecionales; en tercer lugar, debe velar porque los hechos estén adecuadamente subsumidos en las reglas establecidas en las normas; y en cuarto lugar, siempre debe respetar las etapas de procedimiento requeridas para la validez y efectividad de la acción administrativa.

En esta forma, el primer límite al poder discrecional es el deber impuesto a todas las autoridades administrativas de respetar la debida proporcionalidad entre los hechos que motivan las acciones administrativas y las consecuencias establecidas en la ley. En este sentido, si la norma autoriza al órgano administrativo, por ejemplo, para aplicar una multa en montos establecidos entre dos extremos de conformidad con su apreciación de la gravedad de la falta, la sanción es decir, la multa o castigo impuesto debe guardar algún tipo de proporción con los hechos reales que ocurrieron y que provocaron la acción administrativa condicionados por los principios de racionalidad, justicia y equidad.

Ese principio de la proporcionalidad, como límite al poder discrecional, conduce a otro, que es el principio de igualdad y no discriminación, en el sentido de que en relación a un hecho dado si se adopta una medida o decisión contra un individuo, igualmente debe adoptarse la misma medida o decisión contra otros individuos, siempre y cuando los hechos coincidan. Ello también exige el cumplimiento del principio de imparcialidad, como principio general de la actividad administrativa, también como límite al poder discrecional.

---

[43] A. R. Brewer-Carías, *Los Principios del Procedimiento Administrativo,* Madrid, 1992.

Pero la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos también establece como límite al poder discrecional, la necesidad de que la autoridad administrativa al tomar una mecida o decisión trate de cumplir con las finalidades establecidas en la norma que confiera el poder a la Administración Pública. Toda distorsión en el cumplimiento de esos fines puede provocar el control judicial de la actividad administrativa por desviación de poder.

Además, el mismo artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece también, como límite a los poderes discrecionales, la debida concordancia entre los hechos reales que motivan el acto administrativo, y los establecidos en la norma en particular. Eso significa que en su actuación, la autoridad pública debe determinar, primero, el hecho ocurrido; segundo, debe probarlo a través de los medios técnicos requeridos; tercero, debe calificarlos adecuadamente, y finalmente los hechos deben coincidir con los que están establecidos en la norma que autoriza el acto. Adicionalmente, todos estos pasos deben seguirse, guardando los principios de igualdad, imparcialidad y justicia antes mencionados, de manera que toda violación de los mismos implica ilegalidad.

Finalmente, la norma establece que, en el uso de los poderes discrecionales por la Administración Pública, los órganos del Estado siempre deben respetar las etapas y requisitos procedimentales normalmente requeridos para la validez y efectividad de los actos administrativos. Dentro de estas normas debe resaltarse el respeto al derecho a la defensa, el cual debe estar garantizado en todas las acciones administrativas. Este derecho que tiene cualquier ciudadano de poder defenderse y que deriva de la propia Constitución (Art. 49) ha sido desarrollado en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos mediante el establecimiento formal de otros derechos derivados de los individuos, con respecto a la Administración Pública. Por ejemplo, el derecho a ser oído antes de que se tome una decisión que afecte sus derechos o intereses; el derecho a participar en los procedimientos administrativos que puedan afectar esos derechos e intereses: el derecho a ser notificado, de manera formal, de cualquier decisión que pueda afectarlo; el derecho a tener acceso a todos los documentos archivados en el expediente y el derecho a copiar esos documentos; el derecho a presentar pruebas y alegatos ante la Administración Pública en su propia defensa; y el derecho a ser notificado acerca de los medios de recurso u otras acciones que los individuos pueden emplear para su defensa sea en sede administrativa o judicial[44].

En consecuencia, sea que la fuente de los límites al poder discrecional se derive de la jurisprudencia conforme de los principios generales antes señalados, propios de la *natural justice*[45], o se establezcan en el derecho positivo, como resulta de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, lo cierto es que el principio de la legalidad aplicado a la Administración ha aumentado en su ámbito. En todos los sistemas encontramos, como algo común, tanto la exclusión de toda consideración del poder discrecional como excepción al principio de la legalidad, como la aceptación de que incluso en ejercicio del poder discrecional que le confiera la ley, la acción administrativa está completamente sometida al principio de la legalidad.

En todo caso, y en relación a esta pretendida excepción al principio de la legalidad, lo mismo puede afirmarse respecto de los denominados actos políticos de gobierno, tal como estos habían sido concebidos hace algunas décadas en los sistemas jurídicos europeos, y se ha comentado anteriormente.

---

44 Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos,* Caracas, 1982, pp. 112-118.

45 Véase en general, P. Jackson, *Natural Justice,* Londres, 1979, p. 224.

En efecto, como ya lo hemos señalado, en Europa Continental, algunos actos del Ejecutivo, como los actos políticos, tradicionalmente se habían considerado como actos exentos al sometimiento a la legalidad. Debe señalarse que, aún cuando esos actos no podían ni pueden considerarse como administrativos, los esfuerzos por garantizar el imperio del derecho, no sólo condujo a reducir gradualmente el número de actos políticos exentos de control, sino que luego, con la creación de Tribunales Constitucionales en Europa Continental, se hizo posible en algunos países el ejercicio del control de la constitucionalidad de esos actos de gobierno, como actos dictados en ejecución directa de la Constitución.

En conclusión, todos los actos de los órganos del Estado, cada uno en su ámbito normativo, están sometidos al principio de legalidad y por consiguiente, sujetos al control judicial, lo cual es de la esencia del Estado de derecho.

IV. LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

La cuarta característica del Estado de derecho es la declaración de un conjunto de derechos y libertades fundamentales generalmente enumerados en una declaración formal de rango constitucional, generalmente establecidos en una Constitución escrita, lo que garantiza la estabilidad y seguridad jurídica necesarias para impedir su violación, aun por parte del mismo Estado.

En este sentido, la primera característica de este establecimiento formal de los derechos fundamentales es que constituye una de las principales consecuencias del ya mencionado principio de la distribución del poder, esencial en el Estado de derecho. Hemos señalado, en efecto, que la distribución del poder se manifiesta siempre de tres maneras: en primer lugar, en la distribución del poder entre los ciudadanos y el Estado; en segundo lugar, en la distribución del poder entre el poder constituyente y el poder constituido; y en tercer lugar, en la distribución y división del poder dentro de los poderes constituidos, en forma horizontal o vertical, dando lugar a la clásica separación orgánica de los poderes del Estado, o a una forma concreta de descentralización política del Estado.

La primera forma de distribución del poder entre los ciudadanos y el Estado se relaciona precisamente con el establecimiento de los derechos y libertades fundamentales. En efecto, un Estado de derecho implica invariablemente, por una parte, la existencia de una esfera de libertades para los ciudadanos fuera del alcance del Estado, y, por la otra, el goce, por parte del Estado, de una serie de poderes y prerrogativas necesarias para poder dar cumplimiento a sus funciones, regidos por normas distintas a las aplicadas a los particulares. Esta distribución del poder entre los ciudadanos y el Estado, la cual implica el establecimiento formal de los derechos y libertades para los primeros, evidentemente debe revestir una forma rígida, resultante del poder constituyente y, en consecuencia, no sujeta a enmienda por parte de la legislación ordinaria[46].

En todo caso, el establecimiento de los derechos fundamentales en las Constituciones puede considerarse como uno de los elementos centrales del liberalismo, como consecuencia de la distinción entre el Estado y la Sociedad, y por, sobre todo, del Estado de derecho el cual tiene como objetivo principal la protección, la garantía y el aseguramiento de los derechos humanos y las libertades fundamentales, contrariamente a lo que sucedía en un Estado absoluto donde no existían estos derechos.

---

[46] Tal como lo dijo Hood Phillips: “Las disposiciones que no pueden ser enmendadas por procedimientos legislativos ordinarios, son llamadas rígidas”. *Reform of the Constitution,* Londres, 1970, p. 3.

Por ello, originalmente, la distribución de poderes entre la esfera de libertades de los ciudadanos y los poderes del Estado generó el concepto según el cual, en principio, la libertad individual era ilimitada, mientras que los poderes del Estado estaban limitados, precisamente debido a que el Estado había sido creado para proteger las libertades.

Por ello, puede decirse que las Declaraciones de derechos contenidas en las *Cartas* de las Colonias norteamericanas constituyen las primeras declaraciones formales de derechos individuales en el sentido constitucional moderno. Estas difieren de sus predecesoras inglesas, principalmente por el hecho de que al establecer los derechos no se refirieron a derechos derivados del *common law* o la *tradición,* sino más bien a que los derechos consagrados en los *Bill of Rights* de estas Colonias eran derechos naturales que “pertenecen al (pueblo) y a su posteridad, como fundamento y base del gobierno”, tal como lo estableció la Declaración de Derechos de Virginia, de 12 de junio de 1776[47].

En el breve Preámbulo de esta Declaración, por ejemplo, se estableció claramente la relación entre los derechos naturales y el gobierno, de lo que resulta la influencia directa de las teorías de Locke, para quien la sociedad política debía constituirse en torno a estos derechos como fundamento y base del gobierno.

Los tres primeros capítulos de esta Declaración siguieron claramente estas ideas:

> *Sección 1:* Que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos innatos, de los cuales, cuando entran en estado de sociedad, no pueden, por ningún pacto, privar o desposeer a su posteridad; a saber, el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad, y buscar, conseguir y lograr la felicidad y la seguridad.
>
> *Sección 2:* Que todo poder está investido en el pueblo y, consecuencialmente deriva de él; que los magistrados son sus mandatarios y servidores y en todo momento responsables ante él.
>
> *Sección 3:* Que el gobierno se instituye o debería serlo, para el provecho, la protección y la seguridad comunes del pueblo, nación o comunidad; que, de todos los varios modos o formas de gobierno, el mejor es aquél que es capaz de producir mayor grado de felicidad y de seguridad, y está más eficazmente asegurado contra el peligro de la mala administración; y que, cuando un gobierno resulta inadecuado o contrario a' estos principios, una mayoría de la comunidad tiene el derecho indiscutible, inalienable e irrevocable de reformarlo, modificarlo o abolirlo, en la forma que se juzgue más conveniente al bienestar público[48].

Además, la Sección consagraba la prohibición de privilegios y la Sección 5 prescribía la separación de los poderes y el carácter temporal de los cargos públicos.

De estas Secciones de la Declaración resulta claramente expuesta la teoría del contrato o pacto social, basado en la existencia de derechos inherentes e inalienables del hombre; igualmente la base democrática del gobierno, como la mejor y más justa, es decir, la teoría de la representación democrática mediante elecciones libres (Sección 7); y el derecho a la resistencia, producto del pacto social.

---

47 Véase el texto en J. Hervada y J. M. Zumaquero, *Textos Internacionales de Derechos Humanos,* Pamplona, 1978, p. 25.

48 *Idem,* pp. 27-29.

Las otras once Secciones regularon algunos derechos fundamentales entre los cuales está el derecho a un juicio rápido con las debidas garantías; el derecho a no ser condenado a multas excesivas o a penas crueles e inhabituales, y la libertad de prensa.

Los mismos principios fundamentales liberales de la Declaración de Virginia se encuentran también en la Declaración de Independencia los Estados Unidos de América, sancionada un mes más tarde el 4 de julio de 1776. Como ya se ha indicado, esta señaló:

> "Consideramos evidentes las verdades siguientes: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por el Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos, se instituyen entre los hombres, los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que, cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructor de estos principios, el pueblo tiene el derecho de retomarla o abolirlo, e instituir un nuevo gobierno que se funde en estos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad"[49].

Estas declaraciones, sin duda, marcaron el inicio de la era democrática y liberal del moderno Estado de derecho, y. aunque la Constitución de los Estados Unidos de 1787 no incluyó una declaración de los derechos fundamentales, tal declaración llegó a constituir una de las principales características del constitucionalismo americano ejerciendo una influencia considerable en el derecho constitucional moderno[50]. Debe señalarse, en todo caso, que dado las críticas de que fue objeto la Constitución de 1787 por el hecho de no haber incluido una declaración formal de los derechos fundamentales; esa carencia fue subsanada dos años más tarde, cuando el primer Congreso redactó diez enmiendas a la Constitución aprobadas el 25 de septiembre de 1789, exactamente un mes después de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano[51].

En efecto, el 27 de agosto de 1789, los representantes del pueblo francés, organizados en la Asamblea Nacional, sancionaron la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, donde, en diecisiete artículos, reconocieron y proclamaron todos los derechos fundamentales del hombre. En su concepción, la influencia de las declaraciones norteamericanas americanas fue decisiva, en particular, en cuanto al principio mismo de la necesidad de una declaración formal de derechos, y en cuanto a su contenido. En todo caso, las influencias recíprocas entre ambos Continentes en esta época son conocidas: los filósofos políticos franceses, incluyendo a Montesquieu y Rousseau, se estudiaban en Norteamérica; Francia había tenido participación directa en la Guerra de Independencia norteamericana; Lafayette fue miembro del Comité de redacción de la Asamblea Nacional que preparó la Declaración francesa, habiendo propuesto su propio texto basado en la Declaración de Independencia y en la Declaración de Derechos de Virginia; el relator de la Comisión Constitucional propuso "trasplantar a Francia la noble idea concebida en Norteamérica"; y Jefferson mismo, al suceder a Benjamín Franklin como Ministro americano en Francia, estuvo presente en París en 1789[52].

---

49 *Idem,* p. 37.

50 Ch. H. McIlwain, *Constitutionalsm and the Changing World,* Cambridge, 1939, p. 66.

51 Véase el texto en W. Laqueur y B. Rubin, *op. cit,* pp. 106-118. *Cfr.* A. H. Robertson, *Human Rights in the World,* Manchester, 1982, p. 7.

52 J. Rivero, *Les libertes publiques,* París, 1973, Vol. I, p. 45; A. H. Robertson, *op. cit.* p. 7.

En todo caso, los objetivos principales de ambas declaraciones fueron los mismos: proteger al ciudadano contra la arbitrariedad del poder y establecer el principio de legalidad.

Pero debe destacarse, por otra parte, que la Declaración francesa, evidentemente, recibió su mayor influencia de las ideas de Rousseau y Montesquieu. Los redactores de la Declaración tomaron de Rousseau los principios según los cuales el papel de la Sociedad está vinculado a la libertad natural del hombre, así como la idea según la cual la ley, como expresión de la voluntad general sancionada por los representantes de la Nación, no puede convertirse en instrumento de opresión. Tomaron de Montesquieu su profunda desconfianza respecto del poder y, por lo tanto, el principio de la separación de poderes[53].

Por supuesto, los derechos proclamados en la Declaración eran derechos naturales del Hombre, es decir, inalienables y universales; no se trataba derechos concedidos por la sociedad política, sino derechos pertenecientes a la naturaleza inherente de los seres humanos. Esta concepción quedó claramente establecida en el texto de la Declaración proclamada por los representantes del pueblo francés, "considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos humanos son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción del gobierno". La Declaración constituyó un recordatorio perpetuo del "carácter inalienable y sagrado de los derechos del hombre"[54].

Los primeros artículos de la Declaración, que reconocían y proclamaban los derechos del hombre y del ciudadano, fueron sin lugar a dudas, una especie de recopilación de los principios liberales basados en las ideas de Locke, Montesquieu y Rousseau que fueron plasmados en la Revolución Americana. Eran los siguientes:

> 1 Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales no pueden fundarse más que en la utilidad común.
>
> 2. La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales imprescindibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.
>
> 3. El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo puede ejercer una autoridad que no emane de ella expresamente.
>
> 4. La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley.
>
> 5. La Ley no tiene derecho a prohibir sino las acciones perjudiciales para la sociedad. No puede impedirse nada que no esté prohibido por la Ley, y nadie está obligado a hacer lo que ella no ordena.
>
> 6. La ley es la expresión de la voluntad general, todos los ciudadanos tienen derecho a participar personalmente, o a través de sus representantes, en su formación. Debe ser la misma para todos, así cuando protege, como cuando castiga...
>
> 7. Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los' derechos, ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución[55].

---

53 J. Rivero, *op. cit.,* pp. 41-42.

54 Véase el texto en J. Hervada y J. M. Zumaquero, *op. Cit,* pp. 39-40; W. Laqueur y B. Rubin, *op. cit.,* p. 118.

55 *Idem,* pp. 41-49; y pp. 118-119.

El resto de la Declaración se refería a los derechos individuales como por ejemplo, el principio *nullum crimen nulla poena sine legge;* la presunción de inocencia hasta tanto se declare la culpabilidad; el derecho a la libre expresión y a la libre comunicación de ideas y opiniones, considerado en la Declaración como "uno de los más precia dos derechos del hombre"; y el derecho a la propiedad considerado como "sagrado e inviolable".

Puede afirmarse que el proceso de desarrollo del Estado de derecho sobre la base de esta cuarta característica general, es decir, el establecimiento de una Declaración de derechos, si bien se inició con estas dos Declaraciones formales, la americana y la francesa, posteriormente fueron integradas en todas las Constituciones escritas del mundo moderno[56], particularmente, mucho antes que en los países europeos, en los países de América Latina.

En este sentido, puede considerarse que la tercera declaración formal de derechos, por parte de un Estado independiente en la historia constitucional, fue la "Declaración de los Derechos del Pueblo" adoptada por el Congreso Supremo de Venezuela en 1811, cuatro días antes del Acto formal de Independencia del 5 de julio de.1811[57]. El contenido de esta Declaración fue parecido al de la Declaración francesa aunque incluyó más detalles en la parte de enumeración de derechos, agregando algunos, en relación a las Declaraciones americana y francesa; por ejemplo, el derecho a la libertad de industria y comercio, el derecho al trabajo, el derecho a la inviolabilidad del domicilio y el derecho a reclamar ante las autoridades, sin limitaciones. Otra característica es que la Declaración fue incorporada, como Capítulo final, a la primera de todas las Constituciones latinoamericanas, la venezolana de 21 de diciembre de 1811 con 59 artículos[58].

Posteriormente, y desde principios del siglo pasado, Declaraciones de derechos fundamentales fueron proclamadas por los nuevos Estados independientes de Latinoamérica, multiplicándose como un rasgo esencial de nuestros países.

Ahora bien, en términos generales debe señalarse que las Declaraciones americanas (norteamericana y latinoamericanas) y la francesa difieren en su contenido y significación. En el caso de la Declaración francesa, como se dijo, se proclamó en un contexto político en el cual no se trataba de crear un nuevo Estado sino de continuar con un Estado nacional ya existente, donde el concepto de ciudadano ya estaba reconocido. En cambio, las Declaraciones americanas contribuyeron a la creación de nuevos Estados sobre una nueva base.

Por lo tanto, el propósito de la Declaración francesa, tal como se indicó en su Introducción, era recordar solemnemente a todos los miembros de la comunidad sus derechos y deberes. De allí que el nuevo principio de libertad individual haya aparecido solamente como un cambio significativo, dentro del contexto de una unidad política ya existente. En cambio, en las Declaraciones norteamericanas y latinoamericanas, la proclamación de los derechos fue un factor importante en el proceso de independencia, y en consecuencia, en la construcción de nuevos Estados, sobre una nueva base; en especial, sobre el principio de la soberanía del pueblo, con todo su contenido democrático. Por ello, en el continente americano, la solemne Declaración de los derechos fundamentales significó el establecimiento de principios sobre los cuales se basó la unidad política de las naciones, y cuya validez fue reconocida como la condición más importante en la aparición y formación de los nuevos Estados.

---

56 La Declaración francesa fue integrada al Preámbulo de la Constitución de 1791.

57 Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela,* Madrid, 1985, pp. 175-177. Véase A. R. Brewer-Carías, *Los derechos humanos en Venezuela: casi 200 años de historia,* Caracas, 1990.

58 Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela, cit.,* pp. 196-200.

En todo caso, después del desarrollo de este proceso a lo largo de las primeras décadas del siglo XIX, puede afirmarse que la Declaración general de los derechos y libertades fundamentales, se convirtió en una práctica generalizada en el mundo entero. De allí que, en los siglos XIX y XX, resulte difícil encontrar una Constitución escrita que no incluya una Declaración o al menos una enumeración de los derechos fundamentales, no sólo de las libertades tradicionales del hombre, sino también de los nuevos derechos económicos y sociales que aparecieron en el Siglo XX, dentro del marco del Estado de bienestar.

La situación general, en la actualidad, es que en todos los países existen declaraciones de derechos fundamentales, en particular como parte integrante de sus Constituciones escritas, y que tras los horrores de la Segunda Guerra Mundial, tales declaraciones incluso se han internacionalizado; constituyendo no sólo simples declaraciones, sin textos reales para ser respetados, como por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1945 y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, así como los Convenios y Tratados internacionales formales, tales como los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Sociales y Culturales de 1966, la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, textos generalmente aprobados mediante leyes formales que forman parte del ordenamiento jurídico de los países que los han ratificado[59].

En todo caso, lo que sí puede considerarse como una característica propia de las Declaraciones de derechos en el Estado de derecho es que, por lo general, están normalmente incorporadas en Constituciones escritas y rígidas, por lo que las Declaraciones de derechos fundamentales son generalmente declaraciones estables, en el sentido de que el legislador ordinario no puede eliminar ni modificar su contenido (reserva legal).

Por otra parte, debe señalarse que no todos los derechos incluidos en estas declaraciones como derechos fundamentales, se establecen formalmente de la misma manera. Algunos, en especial los derechos individuales tradicionales como el derecho a la vida, están establecidos de manera absoluta, de manera que no pueda adoptarse ninguna legislación que limite su disfrute. Por el contrario, otros derechos se establecen de manera que la Constitución misma permite, dentro de los límites que ella misma fija, que el Legislador los regule o limite. En algunos casos, incluso, esta autorización constitucional conferida al Poder Legislativo para regular algunos derechos se establece en forma tal, que dicha regulación debe ser sancionada para su disfrute efectivo.

En todo caso, el establecimiento de una Declaración de derechos y libertades fundamentales en una Constitución escrita y rígida implica, que la primera y más importante garantía de los mismos, sea el principio de "reserva legal" a favor de los órganos que ejercen el Poder Legislativo, de manera que su regulación y limitación sólo puede realizarse conforme a lo establecido en la Constitución. Este principio implica que en todos los casos en los cuales la Constitución permite la regulación y limitación al ejercicio de algunos derechos, éstas sólo pueden ser establecidas mediante leyes formales del órgano legislativo (Asamblea Nacional). De allí que los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo no puedan, de manera alguna, establecer límites a los derechos constitucionales, lo que es válido incluso en los casos en los cuales se permite a la Asamblea Nacional delegar poderes legislativos al Ejecutivo, ya que la esencia del principio de la reserva legal es que sea el órgano de representación popular como Legislador el que establezca la limitación.

---

59 Véase el texto en M. Torrelli y R. Baudoin, *Les Droits de l'Homme et les Libertes publiques par les textes,* Montreal, 1972, p. 388; J. Hervada y J. M. Zumaquero, *Textos Internacionales de Derechos Humanos, op. cit,* p. 994.

En consecuencia, dentro del concepto del Estado de derecho, el principio de que la regulación de los derechos y libertades fundamentales sólo pueden realizarse mediante ley formal, tiene una especial significación, desarrollada particularmente en relación con la Administración Pública cuyos órganos y acciones están subordinados a la ley. Por ello, es que el principio de legalidad vinculado a la Administración ha sido tan característico de esta concepción del Estado de derecho, así como también lo ha sido el establecimiento consecuente de una serie de garantías contra el abuso de poder por parte de la Administración.

Por otra parte, de este concepto del Estado de derecho, según el cual la ley tiene supremacía en relación a la Administración Pública y los derechos individuales sólo pueden regularse mediante la ley formal, surge otra característica fundamental como lo es la independencia del Poder Judicial, el cual constituye el único instrumento capaz de garantizar un control judicial adecuado sobre el ejercicio del poder por parte de los órganos de la Administración Pública. De allí, la definición del Estado de derecho como aquél en el cual existe control judicial de la Administración.

Consecuentemente, en el Estado constitucional de Derecho el establecimiento y la regulación de derechos constitucionales, con o sin posibilidad de que el legislador los regule, requieren de un sistema de garantías para los mismos: por una parte, tal como se explicó anteriormente, garantías de regulación y limitación mediante la llamada "reserva legal" y, por la otra, garantías contra el abuso de poder público en relación a estos derechos mediante el establecimiento de mecanismos judiciales que garanticen su implementación, bien sea a través de recursos judiciales ordinarios o especiales, tales como la acción de *habeos corpus* relativo a la libertad individual, o a través de acciones de amparo especiales para proteger todos los derechos constitucionales o, de manera general, mediante el control judicial de la constitucionalidad de las leyes que puedan violar dichos derechos.

En todo caso, en el derecho constitucional contemporáneo, estas tres notas del Estado de derecho han sido formalmente establecidas en las Constituciones escritas y rígidas, lo que en sí mismo se configura una característica del mismo. En consecuencia, el Estado de derecho implica que los principios de distribución y separación de poderes, del sometimiento de los órganos del Estado al principio de la legalidad y de la declaración de los deberes y libertades deben estar incorporados en una Constitución escrita, formulada de manera estable y rígida, a fin de protegerla, contra eventuales cambios por parte del legislador ordinario.

V. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS ESTATALES

Sin embargo, como se dijo, estos principios del Estado de derecho y su establecimiento en una Constitución escrita y rígida, necesitan medios de protección para garantizar la existencia de las limitaciones impuestas a los órganos del Estado y al goce de los derechos individuales. En este sentido, fue muy preciso el argumento de del Juez John Marshall en el conocido caso *Marbury vs Madison* de 1803 resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos:

> "¿Con qué propósito se limitan los poderes y dichas limitaciones se establecen por escrito, si esos límites, en cualquier momento, pueden ser traspasados por aquellos a quienes debían supuestamente limitar? La diferencia entre un gobierno con poderes limitados y uno con poderes ilimitados deja de existir, cuando las limitaciones no obligan a las personas sobre las cuales se imponen y cuando los actos prohibidos y los permitidos son de igual obligatoriedad"[60].

[60] *Marbury vs. Madison,* 5. U.S. (1 Cranch) 137; 2 L, Ed. 60 (1803). Véase el texto en R.A. Rossum and G. A. Tarr, *American Constitutional Law, Cases and Interpretation,* New York, 1983, p. 70; Saul K. Padover, *The Living U. S. Constitution*, New York, 1995, pp. 48 y ss.

Por esto, en el mismo sentido, podemos preguntarnos ¿para qué limitar los poderes del Estado, para qué establecer el principio de la legalidad, para qué declarar formalmente los derechos y libertades fundamentales, y para qué poner por escrito todos estos principios en una Constitución considerada como Ley Fundamental, si no existiesen los medios para garantizar la existencia y permanencia de dichas limitaciones, el sometimiento de los órganos del Estado a la legalidad y el goce efectivo por parte de los ciudadanos de los derechos y libertades?

En consecuencia, el Estado de derecho, con todas sus características, sólo existe en la medida en que se establecen estos medios de protección y de control de la Constitución y la legalidad, correspondiendo al Poder Judicial hacerlos cumplir[61]. Por ello, en el Estado de derecho, los tribunales deben garantizar la efectividad de las limitaciones impuestas a los órganos del Estado, su sometimiento a la norma constitucional y al principio de legalidad, así como el goce de los derechos y libertades fundamentales de los individuos.

Por consiguiente, no puede existir un Estado de derecho cuando los tribunales no tienen la facultad para controlar el sometimiento de los actos de los órganos del Estado al principio de la legalidad. Por ello puede afirmarse que el elemento básico que caracteriza al Estado de derecho o al Estado sometido al principio de la legalidad, es la existencia de un sistema de control judicial con el objeto de asegurar la subordinación de todos los actos estatales, y en especial los actos legislativos, de gobierno, administrativos y judiciales, al derecho.

Los dos objetivos esenciales de este sistema de control judicial, en todo caso, son: primero, asegurar que todos los actos del Estado se adopten o ejecuten de conformidad con la ley del mismo Estado, y segundo, garantizar que los actos del Estado respeten los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos.

Ahora bien, se pueden distinguir dos grandes sistemas de control judicial en el Estado de derecho contemporáneo: por una parte, un sistema creado para controlar que todos los actos emanados del Estado estén conformes con la ley, y, por la otra, un sistema destinado a garantizar los derechos y libertades de los individuos; y ambos deben responder en su configuración, al derecho fundamental de todos los individuos a tener acceso a la justicia y a la tutela efectiva de sus derechos e intereses.

Como se dijo anteriormente, el control judicial tiene como objetivo hacer que se cumpla de manera efectiva el sometimiento de los actos del Estado al principio de legalidad. Sin embargo, hemos visto que la esfera de legalidad u obligatoriedad no es la misma para todos los actos estatales, es decir que "legalidad" no significa lo mismo para todos estos actos, pues su significado y ámbito varía según el rango del acto estatal dentro del ordenamiento jurídico y, en particular, en relación con la Constitución como ley suprema de la Nación.

En esta forma, en los ordenamientos jurídicos donde existe una Constitución escrita, como ya hemos señalado y argumentado, se puede hacer la distinción entre aquellos actos del Estado que han sido dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y los dictados en ejecución indirecta y mediata de la Constitución. Esta distinción, por lo demás, es la que conduce a la diferenciación de los sistemas de control judicial.

En efecto, en relación con los actos dictados por los órganos del Estado en uso de facultades que le son otorgadas directamente en la Constitución, el sistema de control judicial tiene y sólo puede tener como objetivo garantizar que dichos actos sean dictados precisa-

61 Véase en general, H. Kelsen, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionelle)", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger,* t. XLV, París, 1928, pp. 197-257.

mente de conformidad con la Constitución, cuyas normas son las únicas que los condicionan. En este caso, como lo señaló Hans Kelsen en 1928, la "garantía de la Constitución significa garantía en cuanto a la regularidad de las normas subordinadas inmediatamente a ella, es decir fundamentalmente, garantía de la constitucionalidad de las leyes"[62].

Por consiguiente, en lo que se refiere a estos actos del Estado, la "legalidad", tal como la entendemos, es sinónimo de "constitucionalidad", y el control judicial "de la legalidad" viene a ser equivalente a control judicial de la constitucionalidad dé los mencionados actos.

Por supuesto, esta distinción entre actos dictados en ejecución directa e indirecta de la Constitución, al igual que la distinción entre control judicial de la legalidad y control judicial de la constitucionalidad, sólo existe, en el sentido estricto de la palabra, en los sistemas jurídicos que tienen una Constitución escrita como ley fundamental y fuente superior del ordenamiento jurídico en su conjunto. En estos, este control judicial de la constitucionalidad ha sido desarrollado especialmente con referencia a los actos legislativos, es decir, a las leyes dictadas por el Parlamento y a los decretos leyes dictados mediante delegación parlamentaria; y también respecto de los actos parlamentarios sin forma de ley y de los actos de gobierno, que tienen rango de ley. De allí que se suela hablar en general de "control judicial de la constitucionalidad de las leyes"[63].

En efecto, si el órgano legislativo o la Asamblea Nacional en su calidad de representante del pueblo soberano es y debe ser el intérprete normativo por excelencia de la Constitución, a través de las leyes como expresión de la voluntad general, ello debe hacerlo mediante la ejecución de normas constitucionales las cuales no pueden ser modificadas por el legislador ordinario. De allí que la ley formal, como acto del Parlamento, esté siempre sometida a la Constitución, y en caso de que exceda las limitaciones establecidas por la Constitución, estaría viciada de inconstitucionalidad y por lo tanto, podría ser anulada judicialmente. En el caso *Marbury vs Madison,* la Corte Suprema de los Estados Unidos indicó en 1803:

> "No cabe la menor duda de que todos los que tienen una Constitución escrita y estable la consideran como la ley fundamental y suprema de la nación, y por consiguiente, para estos gobiernos, un acto legislativo contrario a la Constitución es nulo"[64].

Por lo tanto, el control judicial de la constitucionalidad de las leyes brinda a los tribunales la posibilidad de determinar su inconstitucionalidad, y decidir no aplicarlas en el caso concreto, dando preferencia a las disposiciones de la Constitución, y en algunos casos, además, permitiendo que algunos tribunales especiales (jurisdicción constitucional) declaren la nulidad de la ley que ha sido considerada inconstitucional, con efectos generales.

Ahora bien, este control judicial de la constitucionalidad de los actos estatales puede decirse que es una de las características más resaltantes de los sistemas constitucionales contemperaneos[65]; y el mismo requiere la presencia de al menos tres condiciones para que funcione: en primer lugar, requiere de la existencia de una Constitución escrita concebida como una ley superior y fundamental, con una clara supremacía sobre las demás leyes; en segundo lugar, requiere que este tipo de Constitución debe ser de carácter "rígido", lo que implica que las enmiendas y reformas a la misma sólo pueden ser puestas en práctica a través de un proceso particular y especial a fin de evitar que cualquier acto del legislador or-

---

[62] H. Kelsen, *loc. cit.,* p. 201.

[63] M. Cappelletti, *Judicial* Review *in the Contemporary World,* Indianapolis, 1971, p. VII.

[64] *Marbury vs Madison,* 5.U.S. (Cranch), 137, 2 L, Ed. 60, 1803. Véase en Saul K. Padover, *The Living U. S. Constitution*, New York, 1995, pp. 48 y ss.

[65] Véase Allan R. Brewer-Carías*, Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge, 1989.

dinario lo haga; y en tercer lugar, también requiere el establecimiento, dentro de esa misma Constitución escrita y rígida, de los medios legales para garantizar la supremacía de la Constitución, por encima de los demás actos del Estado, incluyendo los actos legislativos.

Ahora bien, si bien el control judicial de la constitucionalidad de las leyes como facultad de los tribunales para decidir sobre ello, ha sido considerado como una de las principales contribuciones del sistema constitucional norteamericano a las ciencia política y constitucional[66]; sin embargo, dicho sistema de control judicial, llamado "americano", no es el único que existe en el derecho constitucional comparado. Adicionalmente existe el denominado "sistema austriaco" de control judicial de constitucionalidad, establecido originalmente en Europa en la Constitución austriaca en 1920, mediante la creación de un Tribunal Constitucional, con competencia exclusiva y concentrada para juzgar sobre la inconstitucionalidad de las leyes. El sistema concentrado, sin embargo, ya tenía existencia previa en los sistemas mixtos de justicia constitucional de América Latina, donde desde el Siglo XIX, muchos países adoptaron las características principales tanto del sistema "americano" como del "austriaco".

En todo caso, la principal diferencia entre ambos sistemas de control judicial de la constitucionalidad de las leyes, radica básicamente en los órganos judiciales que pueden ejercer esa facultad de control constitucional: el "sistema americano" confía la facultad de control a todos los tribunales de un país dado, razón por la cual este sistema se considera descentralizado o difuso; en cambio, el "sistema austriaco" confía el poder de control de la constitucionalidad de las leyes a un tribunal supremo existente (Corte Suprema) o a un tribunal constitucional especial, y por lo tanto, el sistema se considera como centralizado o concentrado.

En todo caso, en aquellos sistemas jurídicos donde existe un control judicial de la constitucionalidad de las leyes, todos los demás actos legislativos que no sean leyes formales, y que también son dictados por el Parlamento en ejecución directa de la Constitución, pueden ser sometidos al control judicial de la constitucionalidad. Este es el caso, por ejemplo, de las regulaciones internas para el funcionamiento dé los cuerpos legislativos y de los actos parlamentarios que se dictan para un fin específico; por ejemplo, autorizar o aprobar algún acto ejecutivo, como el nombramiento de algunos funcionarios o la adopción de modificaciones al presupuesto. En los sistemas jurídicos de Constitución escrita, todos estos actos están sometidos a la Constitución y deben adoptarse de conformidad con la misma; es decir, pueden ser controlados judicialmente para garantizar que cumplen con las normas establecidas en la Constitución.

Además, no sólo los actos de los cuerpos legislativos están sometidos a control judicial de la constitucionalidad, pues también lo están todos los demás actos de los órganos y cuerpos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, en especial, los decretos leyes delegados, y los actos de gobierno dictados por el Jefe del Estado o del Gobierno los cuales no podrían ser regulados por el Parlamento.

En definitiva, el sistema de control judicial de la constitucionalidad de los actos emanados del Estado es el medio a través del cual se garantiza el sometimiento efectivo de los órganos del Estado a la Constitución, y por tanto, el pilar fundamental del Estado de derecho.

Sin embargo, además de los actos emanados por los órganos del Estado adoptados en ejecución directa e inmediata de los poderes constitucionales que les han sido otorgados, en especial, además de los actos legislativos y de los actos de gobierno, existen otros actos

[66] F. A. C. Grant, "El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes: una contribución de las Américas a la Ciencia Política", *Revista de la Facultad de Derechos de México*, Nº 45, 1962, pp. 417-437.

estatales que son dictados en ejecución directa e inmediata de la "legislación", como primer nivel de ejecución constitucional y cuya legalidad implica el sometimiento, además de a la Constitución, a todas las demás normas contenidas en el ordenamiento jurídico. Por consiguiente, en relación con estos actos estatales y particularmente en relación con los actos administrativos y judiciales, el ámbito de la "legalidad" es mayor y significa sometimiento al ordenamiento jurídico en su conjunto. El Estado de derecho también debe proporcionar, en todo caso, los medios para un control judicial y garantizar de manera efectiva que los actos dictados por los órganos del Estado estén sometidos al principio de legalidad, lo que ha llevado al establecimiento paralelo de sistemas de control judicial de los actos administrativos (contencioso-administrativo) y de las propias decisiones judiciales (recursos ordinarios y extraordinarios).

En cuanto al control judicial de la acción administrativa o de los órganos de la Administración Pública, puede afirmarse que dentro del derecho administrativo y constitucional moderno, éste se ha desarrollado sobre todo como resultado del sometimiento de la Administración Pública al principio de legalidad. Este sistema de control judicial ha adquirido tal importancia que puede decirse que el control judicial sobre los actos administrativos ha dado lugar al desarrollo del derecho administrativo mismo, no sólo en los países de Europa continental sino también en los países del *common law.*

En efecto, los principios fundamentales del derecho administrativo se han desarrollado en especial durante el Siglo XX, a través del ejercicio de la facultad otorgada a los tribunales para controlar la legalidad de la acción administrativa. En consecuencia, el control judicial de los actos administrativos es el poder que tienen los tribunales para decidir acerca de la legalidad y legitimidad de las actividades realizadas por los órganos de la Administración Pública; en otras palabras, para decidir si las actividades de los órganos de la misma están sometidos a la ley o, mejor dicho, al ordenamiento jurídico. En este contexto, por "ley" se tiene que entender todo el ordenamiento jurídico, es decir, no solamente las leyes formales sino también las otras normas y reglas que lo integran, incluyendo por supuesto la propia Constitución.

En relación con la organización del sistema de control judicial de los actos administrativos, existe una diferencia sustancial entre los sistemas jurídicos influenciados por los países de Europa continental, principalmente de Francia, y los sistemas influenciados por los países del *common law* anglo-americanos. En la tradición latina y germánica, el control judicial es la facultad que tienen algunos tribunales especiales de decidir acerca de la legalidad de los actos administrativos, siempre y cuando se haya requerido tal decisión a través de los medios judiciales o acciones concedidas a los individuos investidos de la legitimidad necesaria para introducir una acción de nulidad con respecto a un acto particular. Esto ha llevado al desarrollo de los llamados recursos *contencioso-administrativo* en Europa continental, los cuales deben ser decididos por tribunales judiciales-administrativos especiales (contencioso-administrativo). En algunos casos, estos tribunales especiales han sido creados separadamente del Poder Judicial ordinario, como en Francia, con la *jurisdicción del contencioso-administrativo;* en otros casos, los tribunales judiciales administrativos especiales se han establecido dentro del orden judicial ordinario, de la misma manera que existen tribunales especiales, por ejemplo, en materia de derecho laboral, derecho civil o derecho mercantil. En todos estos casos no sólo los recursos de control judicial son especiales, sino que también lo son, los tribunales que deben ejercer la facultad de control, como es el caso en Venezuela.

En cambio, la tradición del *common law* en cuanto al control judicial generalmente implica que los tribunales de justicia ordinarios sean los facultados para ejercer el poder de control judicial de la acción administrativa a través de recursos ordinarios empleados también en materias de derecho privado, aun cuando en las décadas recientes se hayan desarrollado recursos especiales de derecho público.

Debe además observarse que la expresión Estado de derecho no implica solamente la existencia de sistemas de control judicial de la constitucionalidad de la legislación y de los actos de gobierno, o de control judicial de la acción administrativa con el fin de garantizar su conformidad al principio de la legalidad, sino también el establecimiento de un sistema de control judicial de las propias decisiones judiciales. En efecto, los tribunales son órganos que realizan actividades típicas "de ejecución" del Estado, por lo que las mismas al ser de aplicación de la ley deben someterse al ordenamiento jurídico en su conjunto, incluyendo la Constitución, las leyes formales, los decretos-leyes, los reglamentos y demás actos normativos de los órganos del Estado. De allí que, en el Estado de derecho, las decisiones de los tribunales también deben someterse al control judicial, el cual tiene lugar normalmente de dos maneras.

Por una parte, los sistemas ordinarios de apelación que permiten el control de las decisiones de tribunales inferiores por parte de tribunales superiores; y por la otra, el sistema de control de la legalidad de decisiones judiciales mediante recursos extraordinarios, como sucede por ejemplo con el recurso de casación, desarrollado en los sistemas influenciados por el derecho procesal de Europa continental.

A través de este medio de control, la Sala de Casación del Tribunal Supremo tiene la facultad de verificar la legalidad de las decisiones tomadas por los tribunales inferiores; y de decidir tomando en cuenta los méritos de la decisión recurrida, o simplemente controlar los aspectos legales de la decisión en el recurso de casación. En este caso se trata también de un control de la legalidad de actos del Estado.

Estos tres sistemas de control del sometimiento de los órganos y actos del Estado al principio de la legalidad, a saber, el control de la constitucionalidad de las leyes, el control judicial de los actos administrativos y el control judicial de las decisiones de los tribunales, son fundamentalmente sistemas de control formal que buscan determinar la conformidad de las decisiones estatales a las normas superiores contenidas en el ordenamiento jurídico aplicable al acto concreto.

Además de estos sistemas de control judicial de los actos del Estado para garantizar su sometimiento al principio de la legalidad existe otro sistema de control de las acciones del Estado para proteger en especial los derechos y libertades fundamentales, generalmente establecidos en la Constitución como una garantía al cumplimiento efectivo de estos derechos y libertades.

Hemos visto que el principio de distribución del poder en el Estado de derecho se manifiesta de distintas maneras. Entre otras, en un sistema de distribución de poder, por una parte, entre la esfera de acción del ciudadano y de los individuos a quienes atribuyen constitucionalmente, derechos y libertades fundamentales que no pueden ser limitados ni restringidos por otros medios que no sean aquellos previstos en la Constitución; y, por la otra, los poderes de los órganos del Estado. Esta distribución del poder suele estar establecida en una Constitución escrita o en una Carta de Derechos estable, para que las violaciones a estos derechos y libertades fundamentales por parte del Estado de cualquier individuo puedan ser objeto de control o protección judicial.

Esta protección judicial de los derechos fundamentales resulta ser, a fin de cuentas, un amparo de la Constitución misma, ya que estos derechos y libertades están consagrados en ella, y por lo tanto, cualquier violación o restricción a ellos constituye una violación de la Constitución. El Estado de derecho ha desarrollado mecanismos específicos con el fin de garantizar la protección de estos derechos y libertades fundamentales y evitar su violación principalmente por entes públicos, ya sea mediante acciones intentadas ante los tribunales ordinarios a través de medios o recursos judiciales ordinarios, o mediante acciones especiales de amparo intentadas ante tribunales ordinarios o ante una Corte constitucional especial.

Por ello, al tratar el tema del control judicial de la constitucionalidad de las leyes, necesariamente hay que referirse también a la protección judicial de estos derechos fundamentales, y en particular, a las acciones especiales de control judicial que los tribunales deben ejercer, para ampararlos.

En esta forma, el concepto de Estado de derecho está estrechamente relacionado con el control judicial de la legalidad, de manera que no existe el Estado de derecho si no existe control judicial de la legalidad de sus actos; así como este sólo puede existir dentro del marco del Estado de derecho.

§ 18. La separación de poderes, las funciones del Estado y la actividad administrativa

I. LA DISTRIBUCIÓN Y DIVISIÓN DEL PODER PÚBLICO

Como se ha visto anteriormente, uno de los principios fundamentales del Estado de derecho y del constitucionalismo moderno, sigue siendo el de la separación de poderes, particularmente como instrumento de control y limitación del Poder para la garantía de la libertad y el funcionamiento de la democracia. Por ello, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia Nº 1819 de 8 de agosto de 2000 (Caso: *René Molina vs. Luis Miquelena*), ha señalado que "esta limitación del poder por el poder mismo fundada en el temor a su excesiva concentración, persigue su sometimiento a la regla de derecho, limitando su actuación a las específicas atribuciones y funciones consagradas en la Ley provocando así salvaguardia contra la tiranía y la libertad de los ciudadanos"[1]. Dicho principio, sin embargo, cuando se aplica ha aplicado al funcionamiento del Estado no ha dejado de originar apreciaciones a veces confusas[2].

1. *Los antecedentes*

En todo caso, hablar de la separación de poderes sigue exigiendo, actualmente, referirse al *Esprit des Lois* de Montesquieu, escrito hace más de dos siglos, así como a los escritos previos de John Locke. Ninguno de los dos formuló teoría o principio alguno de "separación de poderes" tal como se interpretó con motivo de su aplicación en la Revolución Francesa, como la ha demostrado con precisión por Ch. Eisenmann,[3] sino a lo sumo de división del poder del Estado.

En efecto, a la base del pensamiento de Montesquieu se encuentra el postulado político fundamental, como garantía de libertad y como forma de atenuar el poder absoluto y el despotismo, de que dos o tres de las funciones del Estado no deben ser ejercidas por una misma persona, órgano o cuerpo de funcionarios;[4] es decir, el principio político formulado por Montesquieu fue el de que un solo órgano estatal no debía ejercer conjuntamente dos o más de las funciones políticas que identificó en su análisis del sistema constitucional inglés, como la *puissance législative*, la *puissance exécutrice* y la *puissance de juger*.

Lejos estuvo, por tanto, no sólo de formular una teoría jurídica de los poderes del Estado -en sentido formal, orgánico o material-, sino de preconizar la separación total y completa del Parlamento, el gobierno y los tribunales, tanto funcional como orgánicamente[5].

---

1 Véase en *Revista de Derecho Público*, Nº 83, (julio-septiembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 264 y ss.

2 *Cfr.* Geoffrey Marshall, *Constitutional Theory*, Oxford, 1971, pp. 97 y 124; y H. Fix Zamudio, "Valor actual del Principio de la División de Poderes y su consagración en las constituciones de 1857 y 1917", en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México,* Nos. 58-59, México 1967, p. 98.

3 *V.* Charter Eisenmann, "L'Esprit des lois» et la séparation des pouvoirs"; en *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, 1935, pp. 165 y ss.

4 *V.* Capítulo VI del Libro XI del *Esprit des Lois,*

5. *V.* Ch. Eisenmann, *loc. cit.,* pp. 173 y 178. *Cfr.* Geoffrey Marshall, *op. cit.,* p. 102.

Por tanto, la construcción del principio de la separación de poderes en el sentido de que tres funciones estatales serían atribuidas a tres autoridades o grupos de autoridades completamente distintas e independientes, que las ejercerían, respectivamente, de manera integral y exclusiva y sin posibilidad de su delegación, fue producto de lo que se creyó o se quiso creer que Montesquieu decía, pero no un derivado cierto de su pensamiento[6].

En esta distorsión del pensamiento de Montesquieu, por supuesto, jugó un papel esencial la motivación política: los revolucionarios franceses antes que la interpretación adecuada de las teorías políticas, estaban más interesados en lograr que los jueces no pudieran entorpecer el funcionamiento del nuevo Estado, tal como los cuerpos judiciales *(Parlements)* lo habían hecho en relación a las reformas que los ministros de Luis XV habían querido realizar y que Francia tanto requería en ese momento. Los revolucionarios, así, a pesar del papel que jugaron los *Parlements* (tribunales de justicia) en lograr el inmovilismo del Estado que terminaría por provocar la Revolución, aprendieron bien la lección y reaccionaron, como dogma, contra el poder judicial,[7] prohibiendo a los jueces en la Ley de los días 16-24 de agosto de 1790, de toda interferencia en las operaciones de los cuerpos administrativos[8].

Así nació el principio o dogma de la "separación de poderes" en Francia, que tanta influencia habría de tener posteriormente, y así se estableció, también, el fundamento de lo que posteriormente sería la "jurisdicción administrativa", como tribunales separados de la jurisdicción judicial: al no poder los jueces ordinarios juzgar a la Administración, hubo que crear una jurisdicción especial y separada con esa finalidad, so pena de denegación de justicia[9].

En todo caso, la aplicación y el desarrollo del principio de la separación de poderes que se atribuyó a Montesquieu, no sólo tuvo sus propias implicaciones en Francia, sino también en Inglaterra y en los Estados Unidos. En todos estos sistemas, la doctrina de Montesquieu fue usada para fines cuya formulación original nunca pretendió[10]. En efecto, en Inglaterra, si bien ha sido usada para mantener la independencia de los jueces, no lo ha sido para impedir la estrecha relación que existe entre el Gobierno (gabinete) británico y el Parlamento, donde el primero depende totalmente del segundo.

En los Estados Unidos, al contrario, fue utilizada para impedir que el Presidente tuviera poderes de control sobre el Congreso, situándose en la Corte Suprema el eje del contrapeso y balance entre los poderes, mediante el control de la constitucionalidad[11].

El principio, por otra parte, influenció directamente a los constitucionalistas de nuestras nacientes repúblicas latinoamericanas. Por ello, en el *Preliminar* de la primera de las Constituciones de la América hispana, la venezolana de 1811, se estableció claramente el principio conforme al siguiente postulado:

---

6 *V.* Ch. Eisenmann, *loc. cit.,* pp. 165 y 173.

7 *Cfr.* Georges Vedel, *Droit Administratif*, París, 1973, pp. 73 y 74; J. Rivero, *Droit Administratif*, Paris, 1973, p. 129.

8 El artículo 13 de la Ley establecia lo siguiente: *"Les fonstions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives; les juges ne pourront á peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratif, ni citer devant eux les administratuert pour raison de leur fonctions*". Esta prohibición formal fue ratificada por el Decreto del 16 fructidor del año III: *"Défendes itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ilt soient, aux peinen de droit". V.,* en G. Vedel, *op. cit.,* p. 75, y J. Rivero, *op. cit.,* p. 129. Estos textos aún están en vigor en Francia.

9 *Cfr.* Jean. Rivero, *op. cit.,* p. 127 y ss.

10 *V.* Sir Ivor Jennings, *The Law and she Constitution,* London, 1972, p. 25.

11 *Idem*, pp. 26 y 27.

El ejercicio de esta autoridad confiada a la Confederación no podrá jamás hallarse reunido en sus diversas funciones. El Poder Supremo debe estar dividido en Legislativo, Ejecutivo y judicial, y confiado a distintos Cuerpos independientes entre sí, y en sus respectivas facultades"[12].

Además, se ratificaba el principio como uno de las "derechos del hombre en sociedad", al prescribirse que:

> Los tres departamentos esenciales del gobierno, a saber: el Legislativa, el Ejecutivo y el judicial, es preciso que se conserven tan separados e independientes el uno del otro cuanto lo exija la naturaleza de un gobierno libre o cuanto es conveniente con la cadena de conexión que liga toda la fábrica de la Constitución en un modo indisoluble de amistad y unión[13].

De estas normas se deduce la evidente influencia del principio de la Revolución Francesa sobre nuestros constituyentes[14], y de allí que todas las Constituciones de Venezuela, desde la de 1811 hasta la vigente de 1961, hayan distinguido tres poderes públicos originando tres grupos de órganos estatales: el Poder Legislativo, ejercido por un Congreso bicameral; el Poder Ejecutivo, ejercido por el Presidente de la República, y el Poder judicial, ejercido por la Corte Suprema de Justicia y demás tribunales de la República[15]. En la Constitución de 1999 y debido al progresivo surgimiento en las décadas precedentes de órganos constitucionales del Estado con autonomía funcional respecto de los tres clásicos Poderes, se estableció una penta división del Poder Público (Art. 136) así: el Poder Legislativo, ejercido por la Asamblea Nacional (unicameral) (Art. 187); el Poder Ejecutivo, ejercido por el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, los Ministros y los demás funcionarios indicados en la Constitución y la ley (Art. 225); el Poder judicial, ejercido por el Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República (Art. 253); el Poder Ciudadano ejercido por el Consejo Moral Republicano y los órganos que lo integran: la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República (Art. 273) y el Poder Electoral, ejercido por el Consejo Nacional Electoral como ente rector y sus organismos subordinados (Art. 292).

Sin embargo, la distinción entre los poderes ciertamente que no ha tenido el mismo sentido en toda nuestra evolución constitucional, pues si bien la "separación de poderes" ha sido a la vez una "distribución" vertical o territorial del Poder dada la tradicional federal del Estado; y una "división" horizontal del Poder Público, particularmente el nacional [16].

---

12 *V.* en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones Venezolanas,* Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1997. Las citas subsiguientes a textos constitucionales se referirán a esta publicación.

13 Art. 189, *loc. cit.*

14 *V.* Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Caracas, 1992.

15 La Constitución de 1863 no utilizó la denominación "Poderes", sino que se refirió a la Legislatura Nacional, al Ejecutivo Nacional y a la Alta Corte Federal, en virtud de la organización federal que se estableció. Igual fórmula utilizaron los textos fundamentales de 1874 y 1831. En la Constitución de 1891 se sustituyó la expresión "Ejecutivo Nacional" por "Poder General de la Federación", y en la Constitución de 1.893 se distinguió el Congreso de los Estados Unidos de Venezuela, el Ejecutivo Nacional que se ejercía por el Presidente en Unión y los Ministros que eran sus órganos (Art. 60), y el Poder judicial de la Nación. A partir de la Constitución de 1901 se retomó la división tripartita del Poder en Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder judicial, pero incluyendo en el ejercicio del Poder Ejecutivo a los Ministros como órganos del Presidente.

16 Véase en general, sobre el Poder Público y la forma del Estado, Carlos Luis Carrillo Artiles, "La composición del poder público en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela", *Libro Homenaje a Enrique Tejera París, Temas sobre la Constitución de 1999,* Centro de Investigaciones Jurídicas (CEIN), Caracas, 2001, pp. 51 a 76; C. Kiriadis Ionghi, "Notas sobre la estructura orgánica del Estado venezolano en la Constitución de 1999", en

Como lo ha destacado la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia Nº 1819 de 8 de agosto de 2000 (Caso: *René Molina vs. Luis Miquelena*): "La Constitución de 1999, limita el poder mediante la difusión de la autoridad tanto en el plano horizontal como en el vertical. Esto es, prefigura una distribución horizontal y vertical del Poder Público en la cual sus creadores proveyeron … la *distribución* del Poder Público en Poder Municipal, el Poder Estadal y el Poder Nacional y, la *división* del Poder Público Nacional en Poder Legislativo, Poder Judicial, Poder Electoral y Poder Moral"[17].

2. *El Poder Público y su división y distribución*

En efecto, la noción tan tradicional en nuestro constitucionalismo, del "Poder Público", como potestad o poder jurídico de obrar que la Constitución confiere a los órganos del Estado venezolano para la realización de sus fines,[18] fue introducida por primera vez, aún cuando en forma aislada en la evolución constitucional en la Constitución de 1858 (Poder Municipal), y posteriormente a partir del texto constitucional de 1901. Desde su misma consagración constitucional, el constituyente se cuidó de no atribuirle sentido orgánico alguno a dicha noción, por lo que la distinguió de otra, "los Poderes Públicos" con sentido evidentemente orgánico[19].

Temas de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani, Volumen I, Tribunal Supremo de Justicia-Editorial Torino, Caracas, 2002, pp. 1031-1082; e Hildegard Rondón de Sansó, "Las transformaciones fundamentales en la organización y dinámica del Estado derivadas de la Constitución de 1999", en *Temas de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani,* Volumen II, Tribunal Supremo de Justicia-Editorial Torino, Caracas, 2002, pp. 619-644; Allan R. Brewer-Carías, "La descentralización política en la Constitución de 1999: Federalismo y Municipalismo (una reforma insuficiente y regresiva" en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nº 138, Año LXVIII, enero-diciembre 2001, Caracas, 2002, pp. 313-359; y publicado también en *Provincia. Revista Venezolana de Estudios Territoriales*, Número 7, julio-diciembre 2001, II Etapa, Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales (CIEPROL), Universidad de los Andes, Mérida, 2001, pp. 7-92; Allan R. Brewer-Carías, "Consideraciones sobre el régimen de distribución de competencias del Poder Público en la Constitución de 1999" en Fernando Parra Aranguren y Armando Rodríguez García Editores, *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Tomo I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 107-136; Allan R. Brewer-Carías, "Consideraciones sobre el régimen constitucional de la organización y funcionamiento de los Poderes Públicos", en *Revista Derecho y Sociedad de la Universidad Monteávila*, Nº 2 (abril), Caracas, 2001, pp. 135-150; Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela,* Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 121 y ss; Cecilia Sosa Gómez, "La organización política del Estado venezolano: el Poder Público Nacional", en *Revista de Derecho Público*, Nº 82 (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 71-83; María V. Espina Molina y Ornella Bernabei Zaccaro, "Nueva estructura del Estado venezolano", en *Comentarios a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela"*, Vadell Hermanos, Editores, Caracas, 2000, pp. 65-116; César A. Loaiza Moyetones, "Los órganos del Estado", en *Derecho Constitucional. General y Particular. Actualizado con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del 24-03-2000,* Tomo I. Universidad Santa María, Caracas, pp. 151-175.

17 Véase en *Revista de Derecho Público*, Nº 83, (julio-septiembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 264 y ss.

18 *V.*, además, Allan-R. Brewer Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana,* Caracas, 1964, pp. 103 y ss.; y Allan R. Brewer-Carías, "Las Transacciones Fiscales y la Indisponibilidad de la Potestad y Competencia Tributarias", en *Revista de Derecho Tributario,* Nº 18, Caracas, 1967, pp. 10 y ss.

19 "Art. 21. La soberanía reside esencialmente en el pueblo, quien la ejerce por medio de los Poderes Públicos para garantía de la libertad y del orden. Art. 23. La definición de atribuciones y facultades señala los límites del Poder Público: todo lo que extralimite dicha definición, constituye una usurpación de atribuciones. Art. 27. El ejercicio de la soberanía se confiere por el voto de les ciudadanos o de las corporaciones que tienen la facultad de elegir los Poderes Públicos, al tenor de esta Constitución, sin que sea potestativo a ninguno de estos Poderes arrogase la plenitud de la soberanía. Art. 28. El ejercicio de todo Poder Público acarrea responsabilidad individual, por extralimitación de las facultades que la Constitución otorga o por quebrantamiento de la ley que organiza sus funciones en los términos que esta Constitución y las leyes establecen", *loc. cit.*

El Poder Público, por tanto, no existe ni ha existido en la realidad político administrativa venezolana como un ente funcionante, orgánicamente considerado, sino como un concepto jurídico referido a la potestad constitucional que se atribuye a los órganos del Estado para la realización de las funciones del mismo. Como toda potestad o poder, por ello, el Poder Público es y ha sido una situación jurídica constitucional individualizada, propia y exclusiva de los órganos del Estado.[20]

El Poder Público es, por tanto, la potestad constitucional que tienen los órganos del Estado de actuar por cuenta de la colectividad y de imponer su voluntad a los individuos. Cualquiera que sean el contenido y la forma variable de los actos por medio de los cuales se ejerce el Poder Público, todos esos actos se reducen, en definitiva, a manifestaciones de la voluntad estatal, que es una e indivisible. Es necesario, por tanto, como lo afirmaba Carré de Malberg, comenzar por establecer la unidad del Poder del Estado[21] para luego distinguir sus funciones.

3. *Evolución constitucional*

La distribución vertical del Poder Público comenzó a expresarse formalmente en el texto constitucional de 1858, que estableció que: "El Poder Público se divide en Nacional y Municipal" (art. 9). Posteriormente, como se dijo, en la Constitución de 1901 se retomó la fórmula, expresándose que "El Poder Público se distribuye entre el Poder Federal y el Poder de los Estados" (art. 29), lo que se repitió en todas las Constituciones posteriores hasta la de 1925, en la cual se agregó al Poder Municipal así: "El Poder Público se distribuye entre el Poder Federal, el de los Estados y el Municipio" (art. 51).En esta forma, a partir de la Constitución de 1925, los Municipios entraron dentro de la distribución vertical del Poder Público, por lo que las dos niveles de distribución territorial o vertical (Federal y Estadal) se convierten en tres niveles de entidades políticas autónomas (Federal, Estadal y Municipal) (Art. 51). Ello se mantuvo en la Constitución de 1947, en la cual, sin embargo, se invirtió la enumeración así: "El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el de los Estados y el Nacional…" (art. 86); lo que se repitió en la Constitución de 1953 (art. 40).

La Constitución de 1961 no utilizó la fórmula tradicional y se limitó a señalar que "Cada una de las ramas del Poder Público tienen sus funciones propias…" (art. 118), aludiendo, sin duda, a las ramas Nacional, Estadal y Municipal, pero sin enumerarlas.

Ahora, a propuesta nuestra[22], la Constitución de 1999 volvió a la fórmula tradicional al disponer en su artículo 136 que: "El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estadal y el Poder Nacional". Ello se completa con la fórmula de colaboración o cooperación entre los Poderes que regulaba la Constitución de 1961 (art. 118), que se recoge en el artículo 136 de la Constitución así: "Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado".

---

[20] *V.* Allan-R Brewer Carías, *Las Instituciones Fundamentales..., cit.,* p. 103.

[21] *V.* R. Carré de Malberg, *Teoría General del Estado,* México, 1948, p. 249, Nota N° 1. Un comentario crítico a la doctrina de Carré de Malberg sobre las funciones del Estado puede verse en Ch. Eisenmann, "La Théorie des Fonctions de l'Etat chez Carré de Malberg"", en *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Economiques de Strasbourg*, XV, Relación des Journées d'études en l'honeur de Carré de Malberg, 1861-1935, Paris, 1966, pp. 49 y ss,

[22] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente),* Tomo II, *(9 septiembre-17 octubre de 1999),* Caracas, 1999, pp. 161 a 164.

De esta norma se debe destacar, por una parte, el concepto de funciones del Estado[23] y por la otra, el concepto de fines del Estado, expresamente definidos en el artículo 3° de la Constitución ya comentado.

En todo el texto constitucional, en consecuencia, se pueden encontrar disposiciones que se refieren, en general, al Poder Público que, por tanto, rigen respecto de los órganos de los tres niveles territoriales; y disposiciones específicamente destinadas a cada uno de los niveles. Es así, por tanto, que respecto del nivel nacional del Poder Público, el mismo artículo 136 establezca una división horizontal al disponer que: "El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral"; que en el nivel estadal, se hable de Poder Legislativo (Art. 162) y de gobierno y administración (Poder Ejecutivo) de los Estados (Art. 160); y que en el nivel municipal, se hable de gobierno y administración (Poder Ejecutivo) del Municipio (Art. 174) y de función legislativa (Poder legislativo) del Municipio (Art. 175).

De lo anterior resulta expresamente establecida en la Constitución de 1999, la distinción entre el "Poder Público" en el sentido de potestad única del Estado y, por tanto, sin referencia orgánica de cualquier naturaleza; y "los órganos que ejercen el Poder Público". La Constitución, cuando ha querido referirse a los órganos del Estado habla de "órganos que ejercen del Poder Público"[24] y cuando ha querido referirse a la potestad única estatal habla de "Poder Público" simplemente;[25] distinción que inclusive se encuentra cuando se refiere a la potestad constitucional en el nivel nacional (Poder Público nacional) (Art. 136, 156), en el nivel estadal (Poder Público Estadal (Art. 159) y en el nivel municipal Poder Público Municipal) (Art. 168). De manera que en cuanto a la potestad estatal, la Constitución parte del supuesto de la unicidad del Poder Público, el cual se ejerce en los tres niveles territoriales del Estado por multiplicidad de órganos.

De acuerdo con lo antes expuesto, por tanto, las "ramas" del Poder Público a que alude el artículo 136 de la Constitución, son las tres que derivan de la distribución vertical del Poder: el Poder Público Nacional, el Poder Público Estatal y el Poder Público Municipal. Son esas tres ramas las que conforme al artículo 136 "tienen sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado". No es correcto considerar que la referencia en la norma a las "ramas del Poder Público" se hace pensando únicamente en la división del Poder Público Nacional entre Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral. Y ello, particularmente, porque para haberse referido a la división del Poder, el constituyente habría tenido que referirse a algunas de las "ramas" del Poder Público en especial, tal como lo hicieron todos los textos constitucionales de 1901 a 1953. En la Constitución de 1999, por ello, el Poder Público Nacional, como una de las ramas del Poder Público, se divide en Poder Legislativo Nacional, Poder Ejecutivo Nacional, Poder Judicial, Poder Ciudadano y Poder Electoral. El "Po-

23 Véase Allan R. Brewer-Carías, *El Poder Público: Nacional, Estadal y Municipal,* Tomo II, *Instituciones Políticas y Constitucionales,* Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal, 1996, pp. 111 y ss.

24 Esta expresión la utiliza la Constitución, por ejemplo, en los artículos 5, 7, 19, 25, 116, 119, 136, 137, 139, 156, 165, 274, 334, 336. En los artículos 19, 23, 131, 323, 336 y 339, sin embargo, se utiliza la expresión "'órganos del Poder Público", en el mismo sentido de órganos que ejercen la potestad estatal. En el único artículo en el cual la expresión se utiliza incorrectamente es en el artículo 50, en el cual se habla de "actos del Poder Público" en el sentido de actos dictados en ejercicio del Poder Público.

25 Es expresión utilizada en el artículo 136 de la Constitución.

der Público" como tal, nunca podría "dividirse" en Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Poder Ciudadano y Poder Electoral[26].

Es claro, por tanto, que las "ramas del Poder Público" a las que se refiere el artículo 136 de la Constitución son: el Poder Nacional, el Poder Estadal y el Poder Municipal[27]; y que cuando el constituyente quiso referirse a las "ramas" del Poder Público como división del mismo en alguno de los niveles territoriales, por ejemplo, en el nivel nacional, utilizó la expresión "ramas del Poder Público Nacional"[28]

II. LAS FUNCIONES ESTATALES

1. *La separación de los órganos del Estado y las funciones estatales*

Pero de acuerdo con el texto constitucional, "los órganos a los que los incumbe [el] ejercicio [de las] funciones propias [de] cada una de las ramas del Poder Público" ... "colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado" (Art. 136); por lo que de la unicidad del Poder Público; y de la trilogía de "ramas" de dicho Poder por su distribución vertical o territorial, se pasa a la multiplicidad de las "funciones propias" de cada una de esas "ramas" (nacional, estadal, municipal) y de los órganos a los que incumbe el ejercicio de dichas funciones.

Recoge aquí la Constitución, siguiendo el texto de las Constituciones de 1953 y 1961, una terminología nueva respecto a la tradición constitucional anterior, pues antes que referirse a una "división del Poder" en cada "rama" del Poder Público, entre Legislativo, Ejecutivo y Judicial, por ejemplo, se refiere a que cada una de dichas ramas tiene "funciones" propias; y la novedad está en esta noción de funciones estatales[29]. La revisión de la doctrina de la separación de poderes que los proyectistas de la Constitución de 1961 hicieron, resulta en nuestro criterio evidente; se buscó superar las distorsiones de la "separación de

---

[26] De allí que resultaba confusa y contradictoria la utilización de la expresión "ramas del Poder Público" en el artículo 217 de la Constitución de 1961, al indicarse que en el Consejo de la Judicatura "deberá darse adecuada representación a las otras ramas del Poder Público". En realidad, ¿a qué "ramas" se refería la Constitución? ¿Quiso, por ejemplo, el constituyente dar representación en el Consejo de la Judicatura al Poder Estadal y al Poder Municipal, en virtud de la nacionalización de la justicia, es decir, en virtud de que las funciones judiciales se reservaron a la rama nacional del Poder Público?, o ¿quiso el constituyente que en el Consejo de la Judicatura estuvieran representados los órganos del Poder Ejecutivo Nacional y del Poder Legislativo Nacional, además de los del Poder Judicial? Indudablemente que la intención del constituyente de 1961 fue la segunda, tal como aparece expreso de la Exposición de Motivos del Proyecto de Constitución, "se opinó que el Consejo de la Judicatura debía estar integrado únicamente por miembros del Poder judicial. Sin embargo, fue criterio predominante en la Comisión, que era necesario asegurar adecuada representación a las otras ramas del Poder Público. Con ello se persigue ofrecer al Poder judicial el concurso del Poder Legislativo y del Ejecutivo que tan necesario es para su fortalecimiento". *V.* en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 21, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1961, pp. 405 y 406. En este sentido, resulta claro que la expresión que debió utilizar el constituyente debió ser ramas del "Poder Nacional" y no ramas del Poder Público.

[27] *Cfr.* Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales..., cit.,* p. 104. Ello, por otra parte, ha sido tradicionalmente admitido por la Corte Suprema: Sentencias de la CFC en SPA de 19-2-37 y 6-11-37 en *M. 1938,* pp. 166 y 312; y Sentencias de la CFC en SPA de 4-3-41 y de 17-4-41 en *M. 1942,* pp. 128 y ss., y 182 y ss.

[28] Así, el artículo 187 de la Constitución dispone que corresponde a la Asamblea Nacional: 1. Legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas *ramas del Poder Nacional*.

[29] Sobre el artículo 118 de la Constitución de 1961, que tenía igual texto que el artículo 136 de la Constitución de 1999, la Exposición de Motivos del Proyecto de Constitución de 1961 señaló que en él "se hace la definición relativa a la separación de los Poderes y a la revisión que el concepto clásico de Montesquieu ha recibido en el Derecho Moderno". *V.* en *RFD* N° 21, pp. 389 y 390. *V. La Constitución de 1961 y la Evolución Constitucional de Venezuela, Actas de la Comisión Redactora del Proyecto,* Tomo 1, Vol. I, Caracas, 1971, p, 150.

Poderes" como compartimientos estancos de actividades atribuidas a órganos distintos por una asignación constitucional y legal de funciones propias a cada órgano del Estado, con la obligación de colaborar entre sí en la realización de los fines del Estado.

En la expresión constitucional, por tanto, por función ha de entenderse la acción que desarrollan los órganos estatales o la actividad que desempeñan como tarea que les es inherente, en el sentido que sólo en ejercicio del Poder Público pueden cumplirse. De ahí que la función es toda actividad de la propia esencia y naturaleza de los órganos estatales y, por tanto, indelegable salvo que exista una autorización constitucional. Entonces, las diversas funciones del Estado son sólo las diversas formas a través de las cuales se manifiesta la actividad estatal[30].

Puede decirse, entonces, que la doctrina o principio de la separación de poderes no tiene aplicación alguna en Venezuela, en su concepción rígida, como separación de tres "funciones" atribuidas en forma exclusiva a tres órganos distintos e independientes,[31] sino que más bien ha sido formulada como una "división del Poder" en el sentido de que se establece una multiplicidad de órganos y a cada uno se asigna una función propia, lo que en modo alguno significa exclusividad en el ejercicio de esa función. Esta fue realmente la innovación constitucional de los textos de 1953 y 1961, perfeccionada en la Constitución de 1999, y el sentido de la llamada colaboración funcional de los poderes[32]. En otras palabras, el sistema constitucional establece una separación orgánica (división del Poder Público) en los diversos niveles territoriales del Estado, con la cual no coincide una supuesta "separación de funciones".

En efecto, ante todo la Constitución no sólo insiste en la distribución del Poder Público en "ramas", sino que asigna a cada una de ellas y a sus órganos, conformaos de acuerdo a la división del Poder en cada nivel, funciones propias.

En efecto, en cuanto a la rama nacional del Poder Público, es decir, el Poder Público Nacional (Art. 136), la Constitución atribuye su ejercicio a cinco órganos o grupos de órganos separados, distintos e independientes, teniendo cada uno de ellos sus funciones propias: la Asamblea Nacional ejerce el Poder Legislativo Nacional (Art. 186) y se le atribuye como función propia, la función normativa ("legislar en las materias de la competencia nacional" (Art. 187,1) y la función de control (Art. 222); el Presidente de la República y demás funcionarios determinados en la Constitución y la ley, ejercen el Poder Ejecutivo Nacional (Art. 225) y se le atribuyen como funciones propias, la función de gobierno (Arts. 226, 233,2), la función administrativa y la función normativa (Art. 236); el Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales que determina la Constitución y la Ley, ejercen el Poder Judicial, y se le atribuye como funciones propias la función jurisdiccional (Art. 253), la función de control (Arts. 259; 336), y la función administrativa (gobierno y administración del Poder Judicial) (Art. 267); el Consejo Moral Republicano, la Defensoría del Pue-

---

30 *V.* Allan-R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales..., cit.,* p. 105.

31 El carácter flexible, no rígido ni absoluto, del principio en su aplicación en Venezuela, ha sido destacado repetidamente por la jurisprudencia de la Corte Suprema. En particular, h. Sentencias de la CFC en SPA de 23-2-50 en *GF*, N° 4, 1950, pp. 84 a 39; de la CFC en CP de 26-5-51 en *GF*, N° 8, 1952, p. 114; y Sentencias de la CSJ en SPA de 18-7-63 en *GF*, N° 41, 1963, pp. 117-118; de 27-5-68 en *GF*, N° 60, 1969, pp. 115 a 118; de 22-4-69 en *GF*, Nº 64, 1969, pp. 5 a 15; de 9-7-69, en *GF*, N° 65, 1969, pp. 70 a 74; y de 1-6-72, en *G.O.*, N° 1.523, extraordinario, de 1-6-72, p. 9. *V.*, además, Allan-R. Brewer-Carías, "Algunas bases del Derecho Público en la jurisprudencia Venezolana", en *RFD*, N° 27, 1963, pp. 143 y 144. Las referencias jurisprudenciales citadas a lo largo de este parágrafo pueden verse en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema (1930-1973) y Estudios de Derecho Administrativo,* Tomo I, (El ordenamiento constitucional y funcional del Estado), Caracas, 1975, pp. 147 y ss.

32 *V. La Constitución de 1961 y la Evolución. , cit.,* Tomo I, Vol. I, p. 513.

blo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República, ejercen el Poder Ciudadano (Art. 273) a los que se le atribuyen como funciones propias, la función de control (vigilancia, inspección, fiscalización) sobre actividades de la Administración Pública, de los órganos judiciales y de los administrados (Art. 274, 281, 285, 289) y la función administrativa; y el Consejo Nacional Electoral y sus órganos subordinaos ejercen el Poder Electoral (Art. 292) y se le atribuye como función propia la función administrativa, la función de control y la función normativa (Art. 292).

Sin embargo, el hecho de que cada uno de esos órganos nacionales tenga funciones propias no significa que las ejerza con carácter de exclusividad, pues no sólo *en su* ejercicio algunas veces intervienen otros órganos, sino que su ejercicio se atribuye también a otros órganos.

En cuanto a la rama estadal del Poder Público, es decir, el Poder Público Estadal, la Constitución atribuye su ejercicio a tres órganos o grupos de órganos separados, distintos e independientes, teniendo cada uno de ellos sus funciones propias: Los Consejos Legislativos Estadales que ejercen el Poder Legislativo de los Estados y se le atribuye como función propia, la función normativa (Art. 162,1); los Gobernadores ejercen el Poder Ejecutivo de los Estados, y se le atribuye, como funciones propias, las funciones de gobierno y administración (Art. 160); y las Contralorías Estadales, a las cuales se asigna como función propia, la función de control (Art. 163).

Por lo que se refiere a la rama municipal del Poder Público, es decir, el Poder Público Municipal, la Constitución también atribuye su ejercicio a tres órganos separados e independientes, teniendo cada uno de ellos sus funciones propias: los Concejos Municipales que ejercen el Poder Legislativo municipal y se le atribuye como función propia, la función normativa ("función legislativa", dice el artículo 175) del Municipio; los Alcaldes que ejercen el Poder Ejecutivo municipal, y se les atribuye, como funciones propias, las funciones de gobierno y administración del Municipio (Art. 174); y las Contralorías municipales, a las cuales se asigna como función propia, la función de control (Art. 176). La Constitución, adicionalmente asigna a los Municipios, la función jurisdiccional, pero exclusivamente mediante la justicia de paz (Art. 178,8) conforme a la ley nacional (Art. 258).

2. *La ausencia de coincidencia de la separación orgánica de "poderes" (división del Poder Público) y la asignación de funciones estatales*

En todo caso, a nivel de cada una de las tres ramas del Poder Público, si bien existe una diferenciación orgánica con la asignación de funciones propias a cada uno de los órganos, el ejercicio de las mismas por dichos órganos en general no es exclusiva ni excluyente. En otras palabras, existen órganos legislativos nacionales, estadales y municipales[33]; órganos ejecutivos nacionales, estadales y municipales; órganos de control nacionales, estadales y municipales; y órganos judiciales y electorales exclusivamente nacionales; pero las funciones legislativas, de gobierno, administrativas, jurisdiccionales y de control del Estado no coinciden exactamente con aquella división o separación orgánica.

En una sentencia de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia de 17 de junio de 1980 (Caso: *Liliana Zabala vs. la República*), se resumió esta tesis, en los siguientes términos, al analizarse la naturaleza de un reglamento dictado por el Congreso:

En efecto, aún cuando el texto constitucional admite el principio clásico de la separación de Poderes no quiere decir ello que ésta se funda en territorios jurídicos infranquea-

33 *V.*, por ejemplo, Sentencia de la CSJ en SPA de 14-3-62 en *GF*, N° 35, 1962, pp. 177 y ss.

bles, puesto que si es cierto que cada uno de los órganos estatales tiene señalada definidamente las funciones que le son privativas y excluyentes, ello no obsta para que sean titulares, excepcionalmente, de funciones que corresponden a los otros. De allí que, como lo ha reconocido la doctrina[34] y la propia Corte en anterior oportunidad, no toda la actividad del poder Ejecutivo es ejecución y administración, no toda actividad de los poderes Legislativo y Judicial es formación o jurisdicción[35].

En efecto, como principio general de la aplicación del principio de la separación de poderes en el régimen constitucional venezolano, puede afirmarse que la "división del Poder" no coincide exactamente con la "separación de funciones".[36] Por ello, no sólo en múltiples oportunidades los órganos del Estado, además de sus "funciones propias" ejercen funciones que por su naturaleza deberían corresponder a otros órganos, sino que también en múltiples oportunidades la Constitución permite y admite la intervención o interferencia de unos órganos en las funciones propias de otros. Estos dos aspectos de la situación de la separación de poderes en Venezuela, requieren, indudablemente, un tratamiento separado.

En primer lugar, la flexibilidad .del principio de la separación de poderes resulta, tal como lo ha señalado la Corte Suprema de que, "si bien cada uno de ellos tiene definida su propia esfera de acción: el Legislativo, para dictar la ley, reformarla y revocarla; el Ejecutivo, para ejecutarla y velar por su cumplimiento; y el judicial, para interpretarla, y darle aplicación en los conflictos surgidos, la demarcación de la línea divisoria entre ellos no es excluyente, ya que en muchos casos esos poderes ejercen funciones de naturaleza distinta de las que privativamente le están atribuidas".[37] El principio, ciertamente, impide a unos órganos invadir las competencias propias de otro,[38] pero no les impide ejercer funciones de naturaleza similar a las de otros órganos.

La antigua Corte Suprema, en este sentido, inclusive fue aún más clara y determinante al señalar que:

> Lejos de ser absoluto el principio de la separación de los poderes, la doctrina reconoce y señala el carácter complementario de los diversos organismos a través de los cuales el Estado ejerce sus funciones; de suerte que unos y otros, según las atribuciones que respectivamente les señalan las leyes, realizan eventualmente actos de índole distinta a las que por su naturaleza les incumbe". "La doctrina establece que la división de poderes no coincide plenamente con la separación de funciones, pues corrientemente se asignan al Poder Legislativo potestades típicamente administrativas y aun jurisdiccionales y al Poder judicial funciones administrativas, como en el caso del nombramiento de jueces que hace este mismo tribunal y de la firma de libros de comercio o de registro civil que hacen los jueces de instancia; y a la inversa, se atribuyen

---

34 Se refería, sin duda, a lo que habíamos expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1975, pp. 373 y ss.

35 Exp. 2334. Magistrada Ponente: Josefina Calcaño de Temeltas. Consultada en original.

36 En tal sentido, expresamente se pronunció la antigua Corte Suprema en varias oportunidades. *V.*, por ejemplo, la Sentencia de la CF de 19-6-53 en *GF* N° 1, 1953, p. 77; Sentencia de la CSJ en SPA de 18-7-63 en *GF* N° 41 1963 pp: 116 y 117; Sentencia de la CSJ en SPA de 27-5-63 en *GF*, N° 60, 1969, pp. 115 y ss.; y Sentencia de la CSJ en SPA de 9-7-69 en *GF*, N° 65, 1969, pp. 70 y ss.

37 *V.* Sentencia de la CF de 19-6-53 en *GF*, N° 1, 1953, p. 77. En otra sentencia, al referirse a las funciones estatales, la Corte las diferenció así: "No realiza una función creadora dentro del ordenamiento jurídico, que es la función legislativa, ni conoce ni decide acerca de las pretensiones que una parte esgrime frente a la otra, que es la función judicial; sino que es sujeto de derecho, titular de intereses, agente propio de la *función administrativa*". *V.* Sentencia de 18-7-63 de la CSJ en SPA en *GF*, N° 41, 1963, p. 116.

38 *Cfr.* Sentencia de la CFC en CP de 26-5-51 en *GF*, N° 8, 1952, p. 114 y Sentencia de la CSJ en CP de 12-6-68 en publicación del Senado de la República, 1968, p. 201.

al Poder Ejecutivo, funciones legislativas como la reglamentación, parcial o total de las leyes, sin alterar su espíritu, propósito o razón, que es considerada como el ejemplo más típico de la actividad legislativa del Poder Ejecutivo, por mandato del numeral 10 del artículo 190 de la Constitución Nacional; toda vez que el Reglamento es norma jurídica de carácter general dictado par la Administración Pública para su aplicación a todos los sujetos de derecho y en todos los casos que caigan dentro de sus supuestos de hecho. En otros casos la autoridad administrativa imparte justicia, decide una controversia entre partes litigantes en forma similar a como lo hace la autoridad judicial.[39]

De acuerdo con esta doctrina, que compartimos, entonces, la separación de poderes ha de entenderse en el sistema venezolano, en primer lugar, como una separación orgánica entre los órganos de cada rama del Poder Público; y en segundo lugar, como una asignación de funciones propias a cada uno de dichos órganos; pero nunca como una separación de funciones atribuidas con carácter exclusivo a los diversos órganos. Al contrario, además de sus funciones propias, los órganos del Estado realizan funciones que por su naturaleza son semejantes a las funciones asignadas a otros órganos. En otras palabras, mediante este principio se reserva a ciertos órganos el ejercer una función en una forma determinada (funciones propias), lo que no excluye la posibilidad de que otros órganos ejerzan esa función en otra forma.

A. *Funciones de la Asamblea Nacional*

En efecto, la Asamblea Nacional tiene atribuida la función normativa y, en forma privativa, "legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional" (Art. 187,1), así como la sanción de leyes actuando como cuerpo legislador (Art. 203) así como la emisión de actos privativos de la misma (Art. 187). Además, la Asamblea tiene atribuida la función de control parlamentario (Art. 222).

Sin embargo, además del cumplimiento de la función normativa y de control, la Asamblea Nacional realizan funciones administrativas, por ejemplo, cuando impone sanciones a quienes infringen los reglamentos internos de la Asamblea, cuando organiza su servicio de seguridad interna o cuando ejecuta su presupuesto de gastos (Art. 187, 21,22,23). Asimismo, la Asamblea Nacional ejerce funciones administrativas, cuando asigna o remueve su personal administrativo excluido de la aplicación de la Ley del Estatuto de la Función Pública[40] es decir, cuando realizan cualquier acto relativo a la administración de su personal. En estos casos, por supuesto, no podría verse violación alguna al principio de la separación de poderes, pues se trata de funciones de naturaleza distinta a las normativas y de control que el ordenamiento jurídico permite realizar, pues en ningún dispositivo se indica que la función administrativa corresponde exclusivamente a los órganos del Ejecutivo Nacional. Al contrario, sí habría violación de principio y, por tanto, usurpación de funciones, cuando la Asamblea se atribuye por ley el ejercicio de funciones administrativas reservadas a los órganos del Poder Ejecutivo. Tal es el caso, por ejemplo, de las normas legales mediante las cuales el antiguo Congreso se atribuyó el nombramiento de funciona-

---

[39] Esta doctrina fue establecida en Sentencia de la CSJ en SPA de 18-7-63 en *GF*, N° 41, 1963, pp. 116 y 117, y ratificados por la misma Corte y Sala en Sentencias de 27-5-68 en *GF* N° 60, 1969, pp. 115 a 118, y de 9-7-69 en *GF*, N° 65, 1969, pp. 70 a 74. Puede verse también en Allan-R. Brewer-Carías, Algunas Bases del Derecho Público .... *loc. cit.,* p. 144.

[40] Art. 1,1 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, *Gaceta Oficial* Nº 37.522 de 06-09-2002.

ros de órganos de la Administración Pública[41] o se pretendía atribuir la autorización previa para que el Ejecutivo pudiera designar un funcionario público.[42] En estos supuestos, al atribuirse el antiguo Congreso a sí mismo, por sobre las normas constitucionales, la facultad de nombrar funcionarios públicos de los órganos del Poder Ejecutivo, usurpaba funciones propias de éstos, por lo que esas normas serían nulas por usurpación de funciones. En la Constitución de 1999, en todo caso, la única intervención de la Asamblea en la designación de funcionarios de la Administración Pública, es la clásica autorización para el nombramiento del Procurador General de la República y los jefes de misiones diplomáticas (Art. 187,14), y la previsión de la *Disposición Transitoria Decimoctava* de la Constitución, que dispone que la persona que habrá de dirigir la Superintendencia de supervisión, fiscalización y control antimonopolio debe ser designada por el voto de la mayoría de los diputados. Salvo estos casos, todo otro nombramiento o intervención legislativa en el nombramiento de funcionarios que ejercen el Poder Ejecutivo, constituiría una usurpación de funciones, lo que también ocurriría si la Asamblea nacional pretendiera crear un órgano administrativo fuera del control de los órganos del Poder Ejecutivo[43].

En todo caso, el problema de la usurpación de funciones administrativas por los órganos del Poder Legislativo fue sido resuelto acertadamente por la antigua Corte Suprema de justicia, al declarar la nulidad por inconstitucionalidad de varias leyes estadales, mediante las cuales algunas Asambleas Legislativas pretendieron intervenir en la designación de funcionarios de los Ejecutivos estadales o pretendieron crear órganos administrativos fuera del control de los Ejecutivos estadales.[44] La argumentación de dichos fallos sería perfecta-

---

41 Véase por ejemplo, el artículo 8 de la derogada Ley de Carrera Administrativa de 1971. Sobre la inconstitucionalidad de esta norma, véanse los comentarios que formulamos cuando la ley aún estaba en proyecto, en Allan-R. Brewer-Carías, *El Estatuto del Funcionario Público en la Ley de Carrera Administrativa,* Caracas, 1971, p. 182.

42 Como al Director Nacional de Identificación del Ministerio de Relaciones Interiores. Sobre la inconstitucionalidad de esa norma en el Proyecto de Ley Orgánica de Identificación, *V.* la doctrina de la PGR 14-7-71 en *Doctrina PGR, 1971,* Caracas, 1972, p. 296.

43 Como lo pretendió el antiguo Congreso en el Proyecto de Ley Orgánica de Identificación en 1971. Sobre la inconstitucionalidad de esa norma, la Procuraduría General de la República expresó lo siguiente: "El proyecto de Ley Orgánica de Identificación crea órganos que, por sus funciones, son evidentemente administrativos y, sin embargo, los sustrae de la competencia del poder administrador y les da "autonomía funcional y administrativa." (en forma parecida al tratamiento constitucional de la Contraloría General de la República, artículo 236 de la Constitución), usurpando así las funciones del poder constituyente. Es necesario recalcar que el ordenamiento constitucional venezolano distribuye el poder público -a nivel nacional- en las tres ramas tradicionales, de cuya jerarquía sólo excluye a determinados y precisos entes públicos. Estos son solamente: en la rama judicial: la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de la judicatura y el Ministerio Público; en la rama legislativa: la Contraloría General de la República; y en la rama ejecutiva: la Procuraduría General de la República .y los institutos autónomos. Toda otra institución tiene que quedar incorporada -según su naturaleza y fines- a una de las tres grandes ramas del poder público o a la figura del instituto autónomo (que es también de la rama ejecutiva). Es inconcebible la creación de órganos jurisdiccionales que estén fuera del poder judicial, y de órganos legislativos distintos del Congreso; pero también es inusitada la institución de órganos administrativos colocados fuera de la jerarquía del poder ejecutivo". *V.* en *Doctrina PGR, 1972,* Caracas, 1973, p. 388. *V.* lo indicado en la Nota N° 138 del parágrafo 5.

44 Particularmente, *V.* la Sentencia de la CSJ en SPA de 14-3-62 en *GF*, N° 35, 1962, pp. 177 y ss., por la cual la Corte declaró inconstitucionales los artículos de la Constitución del Estado Aragua que atribuía a la Asamblea Legislativa la destitución de los Secretarios del Ejecutivo del Estado en algunos caos específicos, por violación del artículo 23, ord. 2, de la Constitución, y del principio de la sepa ración de poderes. En tal sentido, la Corte señaló: "La Constitución de la República al señalar atribuciones básicas de los Poderes Legislativo y Ejecutivo de los Estados, ha querido mantener la separación propia y tradicional en las privativas funciones de cada uno, a fin de evitar interferencias que impidan su libre desenvolvimiento en las correspondientes esferas de actuación". Decisiones similares fueron adoptadas por la antigua Corte Suprema en otros fallos, y particularmente en los siguientes: CFC en SPA de 20-10-41 en *M. 1942,* p. 290; y CSJ en SPA de 14-3-62 en *GF*, N° 35, 1962, pp. 117 y ss.; de 30-7-63 en *GF*, N° 41, 1963, pp. 156 y 157; de 27-3-67 en *GF*, Nº 55, 1968, pp. 184 y 185, y de 30-6-66

mente aplicable a todos aquellos supuestos similares que se han producido o se produzcan a nivel nacional, y se utilizó en relación a las Ordenanzas del antiguo Concejo Municipal del Distrito Federal que incurrió en usurpaciones similares de las facultades administrativas del antiguo Gobernador de dicho Distrito.[45]

B. *Funciones del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales*

Pero volviendo al argumento central sobre el alcance de la separación de poderes, los órganos del Poder Judicial, como se ha dicho, ejercen como función propia la función jurisdiccional (Art. 253); pero también pueden ejercer funciones administrativas y de control.

En efecto, el Tribunal Supremo de Justicia y los Tribunales de la República tienen atribuida la función jurisdiccional y de control judicial, y en forma privativa, la adopción de decisiones mediante procesos (Art. 257) acerca de pretensiones procesales de una parte frente a otra, de nulidad de actos del poder público o de condena de carácter penal, con fuerza de cosa juzgada jurisdiccionalmente, en forma autónoma e independiente de los demás órganos que ejercen el Poder Público (Art. 254). Sin embargo, además del cumplimiento de la función jurisdiccional y de control, el Tribunal Supremo realiza funciones administrativas, por ejemplo, cuando gobierna y administra el Poder Judicial a través de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura (Art. 267), o al imponer sanciones administrativas o disciplinarias[46]; y funciones normativas al dictar los reglamentos de organización y funcionamiento de los tribunales En ninguno de estos casos podría verse usurpación alguna o violación del principio de la separación de poderes, pues no hay norma alguna de orden constitucional que reserve con exclusividad el ejercicio de las funciones normativas, de control y administrativa a algún órgano en ejercicio del Poder Público.

C. *Funciones de los órganos que ejercen el Poder Ciudadano*

Por otra parte, los órganos que ejercen el Poder Ciudadano, como se ha dicho, ejercen como función propia, la función de control, es decir de vigilancia, fiscalización e inspección de las actividades de otros órganos del Estado o de los administrados. Así, el Consejo Moral Republicano entre otras, tiene entre sus funciones propias la de prevenir, investigar y sancionar hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa (Art. 274); la de Defensoría del Pueblo, tiene entre sus funciones propias, la de velar por el efectivo respeto de los derechos humanos, los derechos de los pueblos indígenas y por el correcto funcionamiento de los servicios públicos (Art. 281,1,2,8,9); el Ministerio Público, tiene entre otras funciones propias la garantizar el respeto de los derechos humanos en los procesos judiciales y la celeridad y buena marcha de la administración de justicia, así como la de ordenar y dirigir las investigaciones penales (Art. 285.1,2,3); y la Contraloría General de la República, entre sus funciones propias tiene las de ejercer el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos, de controlar la deuda pública, inspeccionar y fiscalizar a los órganos del sector público y ejercer el control de gestión (Art. 289,1,2,3,5).

---

en *GF*, N° 52, 1968, pp. 231 y ss. En igual sentido, la doctrina de la Procuraduría General de la República es también constante: *V.*, en particular, *Doctrina PGR, 1965,* Caracas, 1966, pp. 126 y ss. y 187 y ss.; *Doctrina PGR, 1970,* Caracas, 1971, pp. 141 y ss. y 271 y ss.; *Doctrina PGR, 1971,* Caracas, 1972, pp. 281, y ss., 295 y 296; y *Doctrina PGR, 1972,* Caracas, 1973, pp. 387 y 388.

45 En particular, *V.* las Sentencias de la CFC en SPA de 10-8-38 en *M. 1939,* p. 269; de 10-2-43 en *M. 1944,* pp. 124 a 127; y de 11-2-42 en *M. 1943,* pp. 113 y 114. *V.*, además, las referencias en Allan-R. Brewer-Carías, *El Régimen de Gobierno Municipal. . ., cit.,* pp. 57 y ss.

46 Se incluirían en estos supuestos los actos de la llamada, jurisdicción voluntaria. *V.* Sentencia de la CSJ en SPA de 18-7-63 en *GF*, N° 41, 1962, pp. 116 y 117, citada anteriormente en el texto.

Pero además de funciones de las funciones control, dichos órganos del Poder Ciudadano también ejercen funciones administrativas cuando entran en relación jurídica con los funcionarios públicos, como sujetos de derecho, y con los particulares; así como funciones normativas, en virtud del poder reglamentario que se les ha otorgado legalmente como consecuencia de la autonomía funcional de la que gozan constitucionalmente.

D. *Funciones de los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo*

Los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, por otra parte, además de ejercer las funciones administrativas y de gobierno como funciones propias, ejercen las otras funciones del Estado. Por tanto, así como los órganos legislativos, judiciales, electorales o del Poder Ciudadano ejercen funciones administrativas, así también los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo realizan funciones normativas, jurisdiccionales y de control.

En efecto, el Presidente de la República, además de las funciones ejecutivas propias (funciones de gobierno y funciones administrativas), realiza funciones normativas, sea con rango y valor de ley (decretos leyes delegados o habilitados) (Art. 203 y 236,8), y de rango sub-legal al dictar los reglamentos los cuales, sin duda, contienen normas de carácter general que integran el ordenamiento jurídico (Art. 236, 10). Asimismo, los órganos ejecutivos también realizan funciones jurisdiccionales aun cuando no de carácter judicial[47]. Dentro de estas funciones jurisdiccionales se incluiría, por ejemplo, tal como hizo en su momento la antigua Corte Suprema, en varias de sus decisiones, las que adoptaba el Inspector del Trabajo de conformidad con la Ley del Trabajo, siguiendo un procedimiento contencioso de promoción y evacuación de pruebas, sometido a lapsos allí mismos previstos.[48] Sin embargo, en relación al planteamiento de estas decisiones de la antigua Corte debemos observar que si bien coincidimos en la apreciación del carácter jurisdiccional (no judicial) de dichos actos,[49] discrepamos con la conclusión que resultaba de excluir dichos fallos del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa por considerar que no se trata de "actos administrativos".[50] Ello, por supuesto, ha sido superado, y la misma Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha decidido que se trata de actos administrativos sujetos al control contencioso administrativo, no por los tribunales laborales en un contencioso administrativo-laboral, sino por los órganos de la jurisdicción contencioso administrativo.

---

47 La función jurisdiccional judicial sería en realidad la función jurisdiccional reservada a los órganos del Poder judicial. En este sentido es que debe interpretarse la expresión de la Corte Federal en sus Sentencias de 23-7-57 en *GF*, N° 17, 1957, p. 32 *cit.* también en Allan R. Brewer-Carías, "Algunas Bases del Derecho Público..."*, loc. cit.,* pp. 143 y 144, cuando expresa que "no puede admitirse que establecido por el. Derecho Público venezolano el principio de la separación de los poderes, pueda el Ejecutivo ejercer la función jurisdiccional". Sobre el carácter jurisdiccional de ciertos actos de los órganos ejecutivos, *V.* la doctrina de la PGR de á-10-63 en *Doctrina PGR, 1963,* Caracas, 196, p. 206.

48 *V.* Sentencias de la CSJ en SPA de 18-7-63 en *GF*, N° 41, 1963. pp. 116 y 117; de 27-5-68 en *GF*, N° 60, 1969, pp. 115 y 118; y de 9-7-69 en *GF*, N° 65, 1969, pp. 70 a 74.

49 Por supuesto, como lo expresamos en nuestro libro *Derecho Administrativo,* Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975, nos apartamos en cierta forma de lo que expresamos en nuestro libro *Las Instituciones Fundamentales..., cit.,* p. 106 en el sentido de que la función jurisdiccional estaba reservada en forma exclusiva al Poder judicial.

50 *V.* Allan-R. Brewer-Carías, "Estudio sobre la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de los actos administrativos de registró", en Libro en *Homenaje a Joaquín Sánchez Coviza* (en prensa), Caracas, 1975. *Cfr.* Luis H. Farías Mata, "La Doctrina de los Actos Excluidos de la jurisprudencia del Supremo Tribunal", en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración,* Vol. I, 1968-1969, Caracas, 1971, p. 334.

E. *Funciones del Consejo Nacional Electoral*

Los órganos que ejercen el Poder Electoral, como se ha dicho, ejercen como función propia la función administrativa a los efectos de garantizar la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los procesos electorales (Art.293); pero también pueden ejercer funciones normativas y de control.

En efecto, el Consejo Nacional Electoral tienen atribuida la función normativa, cuando Constitución le atribuye la función de "reglamentar las leyes electorales y resolver las dudas y vacíos que éstas contengan" (Art. 293,1). Además, al Consejo Nacional Electoral se le ha asignado la función de control, por ejemplo, de todos los actos relativos a la elección de cargos de representación popular y de los referendos; de la realización de las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos (partidos políticos); de la supervisión del Registro Civil y Electoral y de los fondos de financiamiento de las organizaciones con fines políticos (Art. 293,5,6,9).

En ninguno de estos casos tampoco podría verse usurpación alguna o violación del principio de la separación de poderes, pues no hay norma alguna de orden constitucional que reserve con exclusividad el ejercicio de las funciones normativas, de control y administrativa a algún órgano en ejercicio del Poder Público.

3. *Las interferencias orgánicas en el ejercicio de las funciones estatales*

Pero la flexibilidad de la aplicación del principio de la separación de poderes en Venezuela, no sólo resulta del hecho de que, en general, los distintos órganos que ejercen el Poder Público, además de sus funciones propias ejerzan funciones cuya naturaleza es similar a las ejercidas por otros órganos, sino del hecho de que en el ejercicio de las funciones propias por cada uno de los órganos del Poder Público, la Constitución admite o autoriza la intervención o la interferencia de otros órganos.[51]

En efecto, por ejemplo, en el ejercicio de sus funciones normativas, la Asamblea nacional se encuentra interferida en algunos supuestos tanto por los órganos ejecutivos como por los judiciales. En efecto, la iniciativa de las leyes (además de corresponder a los electores en número no menor de 0,1 % de los inscritos en el Registro Electoral) corresponde a la Comisión Delegada y a las Comisiones Permanentes de la Asamblea así como a un número no menor de tres diputados. Sin embargo, también corresponde a los otros órganos del Estado: al Poder Ejecutivo; al Tribunal Supremo de Justicia cuando se trate de leyes relativas a la organización y procedimientos judiciales; al Poder Ciudadano cuando se trate de leyes relativas a los órganos que lo integran; al Poder Electoral cuando se trate de leyes relativas a la materia electoral, e incluso a los Consejos Legislativos de los Estados cuando se trate de leyes relativas a los Estados (Art. 204). Por parte, la iniciativa de la Ley de Presupuesto corresponde exclusivamente al Ejecutivo Nacional (Art. 313) y la Asamblea Nacional no puede autorizar "gastos que excedan el manto de las estimaciones de ingresos del proyecto de Ley de Presupuesto" (Art. 313). El Presidente puede vetar la ley y devolverla a la Asamblea Nacional para su reconsideración (Art. 214) y el Tribunal Supremo de Justicia tiene competencia para declarar la nulidad por inconstitucionalidad de las leyes o resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legislativas (Art. 336).

Por otra parte, en el ejercicio de sus funciones de gobierno y administrativas, el Ejecutivo Nacional se encuentra interferido tanto por los órganos legislativos como judiciales. En efecto, los tratados o convenios internacionales que celebre el Ejecutivo Nacional, salvo

---

[51] *Cfr.* Sentencia de la CFC en SPA de 17-4-41 en *M. 1942,* p. 184, y Sentencia de la CFC en la SF de 23-2-50 en *GF*, N° 4, 1950, p. 87.

ciertas excepciones, deben ser aprobados (Art. 154) por ley especial; y los contratos de interés público, cuando así lo disponga la ley, deberán ser aprobados previamente por la Asamblea Nacional (Art. 150; 187,9). La Asamblea debe autorizar previamente al Ejecutivo Nacional para enajenar bienes inmuebles del dominio privado de la Nación (Art. 187,12); para autorizar el empleo de misiones militares venezolanas en el exterior o extranjeras en el país (Art. 187,11); para el nombramiento del Procurador General de la República y los jefes de misiones diplomáticas permanentes (Art. 187,14), o al Presidente de la República, para salir del país por un lapso mayor a 5 días (Art. 187,17). La Asamblea además puede dar un voto de censura al Vicepresidente Ejecutivo y a los Ministros lo cual puede acarrear la destitución de los mismos (Art. 187,10). La Asamblea, ejerce el control de la Administración Pública (Arts. 187,3; 222); y los actos de gobierno, los reglamentos y los demás actos administrativos pueden ser declarados nulos por contrariedad al derecho por el Tribunal Supremo de Justicia (Art. 259).

En el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, el Tribunal Supremo de Justicia se encuentra interferida tanto por los órganos legislativos como por los órganos ejecutivos. En efecto, la Asamblea Nacional puede decretar amnistías (Art, 187,5), el Presidente de la República puede conceder indultos (Art. 236,19), y el enjuiciamiento del Presidente de la República debe ser autorizado por la Asamblea (Art. 266,3).

Por último, en el ejercicio de sus funciones normativas, administrativas y de control por los órganos que ejercen tanto el Poder Ciudadano como el Poder Judicial, los actos administrativos que dicten están sometidos al control judicial del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa y Sala Electoral, las cuales pueden declarar su nulidad (Art. 259, 297).

En todos estos casos encontramos supuestos de interferencia o intervención autorizada constitucionalmente, del órgano que ejerce el Poder Legislativo en las funciones propias de los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo y el Poder judicial; de los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo en las funciones propias de la Asamblea Nacional y de los órganos que ejercen el Poder judicial; y de los órganos que ejercen el Poder judicial en las funciones propias de los órganos que ejercen el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo el Poder Ciudadano y el Poder Electoral, que en modo alguno significan violación del principio de la separación de poderes.

Al contrario, estas interferencias confirman el carácter y sentido de dicho principio en el ordenamiento constitucional venezolano, que antes que una separación de poderes, más bien consagra el carácter complementario[52] de los mismos, así como la colaboración y cooperación[53] entre ellos, para la consecución de los fines del Estado. El sistema es, por tanto, un sistema de "equilibrio armónico"[54] entre los poderes, en el cual se combinan funciones propias con interferencias, estando atribuida al Tribunal Supremo de Justicia la función de asegurar el balance y contrapeso entre los mismos[55]. En la base de toda la concep-

---

52 *Cfr.* Sentencia de la CF de 27-5-58 en *GF.*, N° 60, 1969, pp. 115 a 118, y de la CSJ en SPA de 18-7-63 en *GF.*, N° 41, 1963, pp. 116 y 117.

53 *Cfr.* Sentencia de la CSJ en SPA de 1-6-72 en *G.O.*, N° 1.523, extraordinario, de 1-6-72, p. 9.

54 *Cfr.* Sentencia de la CSJ en SPA de 5-2-64 en *GF.*, N° 43, 1964, pp. ,14 a 19.

55 *V.* Sentencias de la CFC en SPA de 4-3-41 y de 17-4-41 en *M. 1942,* pp. 128 y ss. y 182 y ss. En Sentencia de 1968, sobre su función, la propia Corte señaló "El control jurisdiccional de este Supremo Tribunal sobre los actos de los otros Poderes del Estado, debe ser ejercido con el sano espíritu de mantener y respetar el principio de la separación de poderes, sin invadir la órbita de la propia actividad del Poder Ejecutivo o del Legislativo. Si este Supremo Tribunal actuara en forma diferente, invadiría la esfera privativa de las funciones de otros Poderes; excedería sus facultades de control jurisdiccional y, lejos de cumplir su elevada misión de afianzar la justicia, crearía

ción, en todo caso, está el principio de que si bien hay una división del Poder Público en sentido orgánico y con las flexibilidades señaladas, a esa división orgánica no se corresponde una separación absoluta de funciones. Pero, por supuesto, la operatividad de este sistema de contrapesos depende de la conformación política de la Asamblea Nacional y de la Presidencia, pues debido a la forma presidencial de gobierno, si el Presidente de la República no tiene el respaldo mayoritario del Congreso, el sistema de cooperación entre poderes se puede convertir en un sistema de conflicto de poderes con el riesgo de que se inmovilice el Estado.

III. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DENTRO DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO

1. *Los diversos Poderes y las diversas funciones del Estado*

Ahora bien, conforme a lo antes expuesto, si bien puede decirse que en Venezuela rige el principio de la separación orgánica "de poderes" en el sentido de la división del Poder Público que el ordenamiento constitucional establece al distinguir, a nivel nacional, los órganos que ejercen el Poder Legislativo (la Asamblea nacional), de los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo (el Presidente de la República y demás órganos de la Administración Pública), de los órganos que ejercen el Poder Judicial (Tribunal Supremo de Justicia y Tribunales), de los órganos que ejercen el Poder Ciudadano (Defensoría del Pueblo, Ministerio Público, Contraloría General de la República), y de los órganos que ejercen el Poder Electoral (Consejo nacional Electoral); ello no implica que cada uno de dichos órganos siempre tenga el ejercicio exclusivo de alguna función estatal específica. Es decir, tal como la antigua Corte Suprema de Justicia lo señaló reiteradamente, la división de la potestad estatal (el Poder Público) en ramas y la distribución de su ejercicio entre diversos órganos, no coincide exactamente con la "separación" de las funciones estatales[56]. Por tanto, el hecho de que exista una separación orgánica "de poderes" no implica que cada uno de los órganos que lo ejercen tenga necesariamente el ejercicio exclusivo de ciertas funciones, pues paralelamente á las "funciones propias" de cada órgano del Estado, éstos ejercen funciones que por su naturaleza son similares a las que ejercen otros órganos estatales[57]. En otras palabras, paralelamente a sus funciones propias, realizan funciones distintas a aquellas que les corresponden por su naturaleza[58].

El concepto de funciones del Estado es, por tanto, distinto al de poderes del Estado. El Poder Público, sus ramas o distribuciones, constituye en sí mismo una situación jurídica constitucional individualizada, propia y exclusiva de los órganos del Estado, mediante cuyo ejercicio estos realizan las funciones que le son propias. Las funciones del Estado, por su parte, constituyen las actividades propias e inherentes al Estado[59]. La noción de Poder es

un clima de recelo y desconfianza, contrario al principio de colaboración entre los Poderes Nacionales establecido en el artículo 118 de la Constitución" *V.* Sentencia de la CSJ en CP de 12-6-68 en publicación del Senado, 1968, p. 201.

56 *Cfr.,* por ejemplo, sentencia de la CF de 19-6-53, en *GF* N° 1, 1953, p. 77; y sentencias de la CSJ en SPA de 18-7-63, en *GF* N° 41, 1963, pp. 116 y 117; de 27-5-68, en *GF* N° 60, 1969, pp. 115 y ss.; y de 9-7-69, en *GF* N° 65, 1969, pp. 70 y ss.

57 *V.,* la sentencia de la CF de 19-6-53, en *GF* N° 1, 1953, p. 77; y la sentencia de la CFC en SPA de 18-7-63, en *GF* N° 41, 1963, p. 116.

58 *V.* sentencia de la CSJ en SPA de 18-7-63, en *GF* N° 41, 1963, pp. 116 y 117.

59 *Cfr.,* Allan-R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, pp. 105 y ss.

entonces previa a la de función: ésta se manifiesta como una actividad estatal específica realizada en ejercicio del Poder Público (de una de sus ramas o distribuciones), por lo que no puede existir una función estatal sino cuando se realiza en ejercicio del Poder Público, es decir, de la potestad genérica de obrar que tiene constitucionalmente el Estado. Poder y función son, por tanto, distintos elementos en la actividad del Estado: el Poder Público como situación jurídico-constitucional, tiene su fuente en la propia Constitución y existe la posibilidad de ejercerlo desde el momento en que está establecido en ella; la función estatal, en cambio, presupone siempre el ejercicio del Poder Público por un órgano del Estado, y sólo cuando hay ejercicio concreto del Poder Público es que se realiza una función estatal.

Ahora bien, en el mundo contemporáneo pueden distinguirse cinco funciones básicas del Estado: la función normativa, la función de gobierno, la función administrativa, la función jurisdiccional y la función de control, a las cuales pueden reconducirse todas las actividades del Estado. Estas funciones, realizadas en ejercicio del Poder Público por los órganos estatales, sin embargo, generalmente no están encomendadas con carácter exclusivo a diferentes órganos, sino que se ejercen por varios de los órganos estatales.

2. *Las diversas funciones del Estado*

A. *La función normativa*

En efecto, la función normativa en el Estado contemporáneo es aquella actividad estatal que se manifiesta en la creación, modificación o extinción de normas jurídicas de validez general[60]. La función normativa del Estado, en esta forma, si bien se atribuye como función propia al órgano que ejerce el Poder Legislativo, es decir, a la Asamblea Nacional, se realiza también por otros órganos del Poder Público.

En efecto, ante todo debe destacarse que la potestad de dictar leyes, en el ámbito nacional, corresponde esencialmente a la Asamblea nacional actuando como cuerpo legisladores (Art. 203), siendo estas leyes, por su generalidad e imperatividad, el tipo ideal de actos dictados en ejercicio de la función normativa. Pero en el ordenamiento jurídico venezolano, los otros órganos del Poder Público también ejercen esta función creadora de normas jurídicas, incluso con rango y valor de ley. En efecto, cuando mediante una ley habilitante la Asamblea Nacional delega en el Presidente la posibilidad de dictar actos estatales con rango y valor de ley (Art. 236,8), sin duda ejerce la función normativa; e igualmente, cuando reglamenta las leyes (Art. 236,10). Igualmente, el Tribunal Supremo de Justicia también ejerce la función normativa cuando dicta los reglamentos necesarios a los efectos de asegurar la dirección y gobierno del Poder Judicial (Art. 267)[61].

Igualmente, ejercen la función normativa, los órganos del Poder Ciudadano cuando dictan los reglamentos establecidos en las leyes reguladoras de su actividad[62], al igual que el Consejo Nacional Electoral, en ejercicio del Poder Electoral, cuando reglamenta las leyes electorales (Art. 293,1)[63].

Por tanto, la función normativa, como actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos pueden crear, modificar o extinguir con carácter general las normas del ordenamiento jurídico, se ejerce por los cinco grupos de órganos estatales en ejer-

---

60 *Cfr.,* sentencia de la CSJ en SPA de 18-7-63, en *GF* N° 41, 1963, p. 116.

61 *V.*, por ejemplo, Art. 6, párrafo 1,10,12, *Gaceta Oficial* Nº 37.942 de 19-05-2004.

62 Artículos 3; 14,2; y 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; Artículos 29; 20; 34; 36; 40; 43; 46 y 51 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

63 Además, artículos 32 y 29 de la ley Orgánica del Poder Electoral.

cicio del Poder Público: por la Asamblea nacional, actuando como cuerpo colegislador y en virtud de sus poderes reguladores de los *interna corporis*, en ejercicio del Poder Legislativo Nacional; por el Presidente de la República y otros órganos ejecutivos, en ejercicio del Poder Ejecutivo Nacional; por el Tribunal Supremo de Justicia, en ejercicio del Poder Judicial; por el Consejo Moral Republicano, la Contraloría General de la República, el Ministerio Público, y la Defensoría del pueblo, en ejercicio del Poder Ciudadano; y el Consejo Nacional Electoral, en ejercicio del Poder Electoral. La función normativa, por tanto, si bien es una "función propia" de la Asamblea Nacional, no es una función privativa y exclusiva de ella, pues los otros órganos estatales también la ejercen. Sin embargo, lo que sí es función privativa y exclusiva de la Asamblea nacional es el ejercicio de la función normativa en una forma determinada: como cuerpo legislador y mediante la emisión de los actos estatales denominados leyes. En efecto, sólo la Asamblea Nacional actuando como cuerpo legislador puede dictar leyes; sólo la Asamblea puede dictar sus *interna corporis* (Reglamento Interior y de Debates) y sólo ella puede crear normas jurídicas generales ejerciendo atribuciones establecidas directamente en la Constitución sin condicionamiento legal alguno. Los otros órganos estatales que ejercen la función normativa, si bien realizan una función creadora dentro del ordenamiento jurídico, a excepción de los decretos leyes habilitados (dictados por el Presidente de la República una vez que se ha dictado la ley habilitante) lo hacen a través de actos administrativos de efectos generales, y siempre bajo el condicionamiento de las leyes y nunca en ejecución directa e inmediata sólo de una norma constitucional. En otras palabras, las leyes son actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y de rango legal; los reglamentos y demás actos administrativos de efectos generales son actos de ejecución directa e inmediata de la legislación y de rango sublegal[64]. Sin embargo, los decretos-leyes habilitadas que puede dictar el Presidente de la república, a pesar de requerir de una ley habilitante, en virtud de la delegación legislativa que contiene, puede decirse que se dictan también en ejecución directa de la Constitución.

B. *La función de gobierno*

Pero aparte de la función normativa, en el Estado contemporáneo ha ido delineándose otra función primordial, distinta de la función administrativa, por medio de la cual el Presidente de la República ejerce sus actividades como jefe del Estado, es decir, como jefe del

---

64 El carácter sublegal de los reglamentos surge, inclusive, en aquellos casos en que el reglamento, en virtud de delegación legislativa, complementa la ley. En esos casos, el Reglamento se dicta en ejecución directa de la ley y no de la Constitución, por lo que nunca podría tener igual rango que la ley. Al contrario, la antigua Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente: "La ley de la materia (Ley de Pilotaje) sólo contiene disposiciones que, por su carácter general, pueden aplicarse a todas las zonas de pilotaje actualmente existentes o que se crearen en el futuro, pero la determinación de los límites de éstas, de los requisitos que deben llenarse mientras se navegue por ellas, de los símbolos, luces y señales especiales que deberán usarse en las mismas, en la cuantía del derecho de habilitación y de la forma de distribución de los ingresos provenientes del mismo, así como la regulación de otras materias semejantes, ha sido expresamente confiado, en el articulado de la ley, al Poder Ejecutivo, quien con tal objeto debe dictar tantos reglamentos como sea necesario, teniendo en cuenta las características o peculiaridades de cada zona. Estos reglamentos no tienen por objeto desarrollar disposiciones legales ya existentes, sino complementar la ley que reglamentan con otras previsiones sobre materias expresamente señaladas por el legislador, por lo cual tienen en nuestro ordenamiento jurídico el mismo rango (sic) que los actos legislativos. Podría decirse que son decretos-leyes sobre materias cuya regulación reserva el Congreso al Poder Ejecutivo por consideraciones de orden práctico". *V.* sentencia de la CSJ en SPA de 27-1-71, en *G.O.* N° 1.472, extraordinario, de 11-6-71, p. 18.

Gobierno de la República[65], dirigiendo la acción de gobierno (Arts. 226; 236,2). A través de esta función de gobierno, el Presidente de la República puede adoptar decisiones en virtud de atribuciones que le son conferidas directamente por la Constitución, en general sin condicionamiento legal, de orden político, las cuales, por tanto, exceden de la administración normal de los asuntos del Estado. Ello ocurre, por ejemplo, cuando dirige las relaciones exteriores, convoca a sesiones extraordinarias a la Asamblea Nacional y cuando la disuelve (Arts. 236,4,9,20). También puede considerarse que ejerce la función de gobierno, cuando decreta los estados de excepción, y restringe garantías constitucionales, incluso, en este caso, a pesar de que la Constitución dispuso que una Ley Orgánica deba regular la materia (Art. 338)[66].

La característica fundamental de esta función de gobierno es que está atribuida en la Constitución directamente al Presidente de la República, es decir, al nivel superior de los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, no pudiendo otros órganos ejecutivos ejercerla.

Los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo en esta forma realizan fundamentalmente dos funciones propias: la función de gobierno y la función o administrativa[67]. La función de gobierno, como función estrictamente política del Presidente de la República, se ejerce en ejecución directa de atribuciones constitucionales, en general sin condicionamiento legal alguno. El Legislador, en esta forma, y salvo por lo que se refiere a los estados de excepción dada la autorización constitucional (Art. 338), no puede limitar las facultades políticas del jefe del Estado[68]. La función de gobierno, por tanto, se traduce en actos estatales de rango legal, en tanto que la función administrativa se traduce en actos estatales de rango sublegal[69].

Pero si bien la función de gobierno se ejerce con el carácter de función propia por el Presidente de la República en ejercicio del Poder Ejecutivo, ello tampoco se realiza con carácter excluyente, ya que la Asamblea Nacional en ejercicio del Poder Legislativo también realizan la función de gobierno, sea a través de actos parlamentarios sin forma de

---

65 Aun cuando en algunos casos podría no haber coincidencia, podría decirse que, en general, el Presidente de la República ejerce sus atribuciones de jefe del Estado en ejercicio de la función de gobierno, y de jefe del Ejecutivo Nacional, en ejercicio de la función administrativa.

66 Véase la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción (Ley Nº 32), *G.O.* Nº 37.261 de 15-08-2001.

67 La distinción entre "gobierno y administración" es comúnmente empleada por la Constitución. *V.*, por ejemplo, artículos, 21, 27 y 30. En el artículo 191 de la Constitución, en igual sentido habla de "aspectos políticos y administrativos" de la gestión del residente de la República. En tal sentido, al referirse a los órganos del Poder Ejecutivo de los Estados, la Corte ha señalado lo siguiente: "El artículo 21 de la Constitución atribuye al Gobernador del Estado, el gobierno y la administración de la Entidad, como Jefe del Ejecutivo del Estado y Agente del Ejecutivo Nacional o en su respectiva circunscripción. En esta forma, el Poder Ejecutivo Estadal realiza funciones de gobierno, como poder político y funciones que atienden a otra actividad distinta, como poder administrador". *V.* sentencia de la CSJ en SPA de 30-6-66, en *GF* N° 52, 1968, p. 231. *Cfr.,* sobre la distinción entre función administrativa y función de gobierno como actividades que se realizan en ejercicio del Poder Ejecutivo, el voto salvado a la sentencia de la CSJ en CP de 29-4-65, Imprenta Nacional, 165, pp. 53 y ss.; y Doctrina PGR, 1963, Caracas, 1964, pp. 179 y 180.

68 El legislador, por ejemplo, no podría limitar las atribuciones del Presidente de convocar a la Asamblea nacional a sesiones extraordinarias.

69 Sobre la distinción entre los actos del Poder Ejecutivo dictados en ejecución directa de la Constitución o en ejecución directa de la ley, *V.* sentencia de la CSJ en SPA de 13-2-68, en *GF* N° 59, 1969, p. 85. En todo caso, una cosa es atribuir a la función de gobierno rango legal y otra es atribuirle "naturaleza legislativa". El decreto de restricción de garantías constitucionales, por ejemplo, tiene rango legal, por cuanto puede "restringir" temporalmente la vigencia de una ley, lo que implica que la modifique ni la derogue. Si la derogara, el acto tendría "naturaleza legislativa". Sobre esta confusión, *V. Doctrina PGR,* 1971, Caracas, 1972, p. 189.

ley[70], sea mediante leyes[71]. En estos casos, también, la función de gobierno realizada por los órganos del Poder Legislativo es una actividad de rango legal, es decir, de ejecución directa e inmediata de la Constitución. Pero si bien esta función puede ser realizada tanto por el Presidente de la República como por los órganos legislativos, por lo que no es exclusiva o excluyente, sin embargo, lo que sí es exclusiva de uno u otros órganos es la forma de su ejecución en los casos autorizados por la Constitución: la función de gobierno mediante decretos ejecutivos (actos de gobierno), se realiza en forma exclusiva por el Presidente de la República; y mediante leyes o actos parlamentarios sin forma de ley, por la Asamblea nacional.

C. *La función jurisdiccional*

Además de la función legislativa y de la función de gobierno, los órganos estatales realizan la función jurisdiccional, es decir, conocen, deciden o resuelven controversias entre dos o más pretensiones, es decir, controversias en las cuales una parte esgrime pretensiones frente a otra. El ejercicio de la función jurisdiccional se ha atribuido como función propia al Tribunal Supremo de Justicia y a los tribunales de la República, pero aquí también ello no implica una atribución exclusiva y excluyente, sino que, al contrario, los otros órganos estatales pueden ejercer la función jurisdiccional.

En efecto, los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo[72], realizan funciones jurisdiccionales, cuando las autoridades administrativas deciden controversias entre partes, dentro de los límites de su competencia[73], y la Asamblea Nacional también participan en la función jurisdiccional, cuando, por ejemplo, autorizan el enjuiciamiento del Presidente de la República (Art. 266,2). Por tanto, la función jurisdiccional como actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos deciden controversias y declaran el derecho aplicable en un caso concreto, se ejerce por diversos órganos estatales en ejercicio del Poder Público: por el Tribunal Supremo de Justicia y los Tribunales de la República, en ejercicio del Poder Judicial; y por los órganos administrativos en ejercicio del Poder Ejecutivo Nacional. La función jurisdiccional, por tanto, si bien es una "función propia" de los órganos judiciales, no es una función privativa y exclusiva de ellos, pues otros órganos estatales también la ejercen. Sin embargo, lo que sí es una función privativa y exclusiva de los tribunales es el ejercicio de la función jurisdiccional a través de un proceso (Art. 257) en una forma determinada: con fuerza de verdad legal, mediante actos denominados sentencias. Sólo los tribunales pueden resolver controversias y declarar el derecho en un caso concreto, con fuerza de verdad legal, por lo que sólo los órganos del Poder judicial pueden desarrollar la "función judicial" (función jurisdiccional ejercida por los tribunales). Los demás órganos del Estado que realizan funciones jurisdiccionales lo hacen a través de actos administrativos condicionados por la legislación.

---

70 Por ejemplo, cuando autoriza al Presidente de la República para salir del territorio nacional. Art. 187,17 de la Constitución.

71 La ley que decreta una amnistía, por ejemplo. Art. 186,5 de la Constitución.

72 *V. Cfr.,* sentencias de la CSJ en SPA de 18-7-63, en *GF* Nº 41, 1963, pp. 116 y 117; de 27-5-68, en *GF* N° 60, 1969, pp. 115 y 118; y de 9-7-69, en *GF* N° 65, 1969, pp. 70 y ss.

73 Cuando la Administración decide, por ejemplo, la oposición a una solicitud de registro de marca de fábrica, conforme a la Ley de Propiedad Industrial, *G.O.* Nº 25.227 de 10-12-1956; o cuando decide la oposición a una solicitud de otorgamiento de una concesión de explotación forestal, conforme a la Ley Forestal, de Suelos y Aguas (Art. 6), en *G.O.* N° 997, Extr., de 8-1-66.

D. *La función de control*

Por último, además de la función legislativa, de la función de gobierno, de la función jurisdiccional y de la función administrativa, los órganos del Estado también ejercen la función de control, cuando vigilan, supervisan y velan por la regularidad del ejercicio de otras actividades estatales o de las actividades de los administrados y particulares.

El ejercicio de la función de control se ha atribuido como función propia a los órganos que ejercen el Poder Ciudadano, pero en este caso, ello tampoco implica una atribución exclusiva y excluyente, sino que, al contrario, los otros órganos estatales pueden ejercer la función jurisdiccional.

En efecto, la Asamblea Nacional, en ejercicio del Poder Legislativo ejerce la función de control sobre el gobierno y la Administración Pública Nacional y los funcionaros ejecutivos (Art. 187,3; 222); el Presidente de la República como Jefe del Ejecutivo Nacional ejerce las funciones de control jerárquico en relación con los órganos de la Administración Pública (Art. 226) y los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo controlan las actividades de los particulares, de acuerdo a la regulación legal de las mismas; el Consejo Nacional Electoral, en ejercicio del Poder Electoral, ejerce el control de las actividades de los órganos subordinados (Art. 293) , de las elecciones y de las organizaciones con fines políticos (Art. 293); y el Tribunal Supremo de Justicia ejerce las función de control de constitucionalidad y legalidad de los actos del Estado (Art. 259; 336).

Por tanto, la función de control como actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos supervisan, vigilan y controlan las actividades de otros órganos del Estado o de los administrados, y la misma se ejerce por diversos órganos estatales en ejercicio del Poder Público: por los órganos que ejercen el Poder Ciudadano; por la Asamblea Nacional, en ejercicio del Poder legislativo; por el Tribunal Supremo de Justicia y los Tribunales de la República, en ejercicio del Poder Judicial; y por los órganos administrativos en ejercicio del Poder Ejecutivo Nacional y del Poder Electoral. La función de control, por tanto, si bien es una "función propia" de los órganos que ejercen el Poder Ciudadano, no es una función privativa y exclusiva de ellos, pues todos los otros órganos estatales también la ejercen.

E. *La función administrativa*

Pero aparte de la función creadora de normas jurídicas de efectos generales (función normativa), de la función de conducción y ordenación política del Estado (función de gobierno), y de la función de resolución de controversias entre partes declarando el derecho aplicable en casos concretos (función jurisdiccional), y de ejercer la vigilancia o fiscalización de actividades estatales y de los particulares (función de control), el Estado ejerce la función administrativa, a través de la cual entra en relación con los particulares, como sujeto de derecho, gestor del interés público[74]. De allí la distinción entre la función de crear el derecho (normativa), de aplicar el derecho imparcialmente (jurisdiccional), y de

---

74 *Cfr.,* Allan-R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales..., cit.,* p. 115. Si el Estado legisla, tal como lo señala Santi Romano, "no entra en relaciones de las cuales él, como legislador, sea parte: las relaciones que la ley establece o de cualquier modo contempla se desenvuelven después entre sujetos diversos del Estado o bien con el mismo Estado, pero no en su aspecto de legislador sino en otros aspectos mediante órganos diversos de los del Poder Legislativo". *V.*, "Prime Pagine di un Manuale de Diritto Amministrativo", en *Scritti Minori*, Milano 1950, p. 363, *cit.,* por J M. Boquera Oliver, *Derecho Administrativo*, Vol. I, Madrid, 1972, p 59. "Cuando el Estado juzga -señala J. González Pérez-, no es parte interesada en una relación jurídica; no es sujeto de derecho que trata de realizar sus peculiares intereses con arreglo al Derecho... cuando el Estado juzga satisface las pretensiones que una parte esgrime frente a otra; incide como tercero en una relación jurídica, decidiendo la pretensión ante él deducida con arreglo al ordenamiento jurídico". *V. Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, 1966, Tomo II, p. 37.

actuar en relaciones jurídicas como sujeto de derecho, al gestionar el interés público (administrativa)[75].

En las dos primeras, el Estado, al crear el derecho o al aplicarlo, es un tercero en las relaciones jurídicas que surjan; en la última, en cambio, el Estado es parte de la relación jurídica que se establece entre la Administración y los particulares[76], como sujeto de Derecho gestor del interés público. De allí que la personalidad jurídica del Estado, como se ha dicho, se concretice en el orden interno, cuando sus órganos ejercen la función administrativa.

Ahora bien, al igual que lo que sucede con la función legislativa, de gobierno y jurisdiccional, la función administrativa tampoco está atribuida con carácter de exclusividad a alguno de los órganos del Poder Público. Por ello, si bien la función administrativa puede considerarse como función propia de los órganos ejecutivos y electorales, concretizada básicamente a través de actos administrativos, ello no significa que la ejerzan con carácter exclusivo y excluyente. Al contrario, todos los otros órganos del Estado también ejercen la función administrativa: la Asamblea Nacional, al autorizar diversos actos de los órganos ejecutivos o al dictar actos relativos a su personal o servicios administrativos, realizan la función administrativa[77], y los órganos que ejercen el Poder Judicial o el Poder Ciudadano realizan la función administrativa, al dictar actos concernientes a la administración del personal o de los servicios de los órganos, o al imponer sanciones[78]. En esta forma, la función administrativa, como actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos, en ejercicio del Poder Público, entran en relaciones jurídicas con los administrados, se puede realizar por los órganos administrativos, en ejercicio del Poder Ejecutivo Nacional y del Poder Electoral; por la Asamblea Nacional, en ejercicio del Poder Legislativo; y por los tribunales de la República, en ejercicio del Poder Judicial. La función administrativa, por tanto, si bien es una "función propia" de los órganos ejecutivos y electorales, no es una función privativa y exclusiva de ellos, pues los otros órganos estatales también la ejercen dentro del ámbito de sus respectivas competencias constitucionales y legales. El acto administrativo, como concreción típica pero no única del ejercicio de la función administrativa, puede emanar de todos los órganos estatales en ejercicio del Poder Público, teniendo en todo taso carácter sublegal.

3. *La distinción entre las funciones y actos estatales*

Pero si bien resulta clara, de lo anterior, la distinción entre las funciones fundamentales del Estado, no debe por ningún respecto, identificarse el ejercicio de una función estatal determinada con la producción de determinados actos jurídicos. Al igual que la separación orgánica de poderes no coincide con la distribución de funciones, ésta no coincide, necesariamente, con el tipo de acto jurídico que emane de la voluntad estatal[79].

---

75 En este sentido, antigua la Corte Suprema ha señalado al referirse a la función administrativa, que en ella el Estado "no realiza una función creadora dentro del ordenamiento jurídico, que es la función legislativa, ni conoce ni decide acerca de las pretensiones que una parte esgrime frente a otra, que es la función judicial; sino que es sujeto de derecho, titular de intereses, agente propio de la función administrativa". *V.* sentencias de la CSJ en SPA de 18-7-63, en *GF* N° 41, 1963, pp. 116 y ss.; de 27-5-68, en *GF* N° 60, 1969, pp. 115 y ss.; de 9-7-69 en *GF* Nº 65, 1969, pp. 70 y ss. En estas sentencias, sin embargo, como veremos, la Corte confunde la función estatal con el acto estatal.

76 *Cfr.,* sentencia de la CSJ en SPA de 13-3-67, en *GF* Nº 55, 1968, p. 107.

77 *Cfr.,* de la CSJ en SPA de 18-7-63, en *GF* Nº 41, 1963, pp. 116 y 117; y de 27-5-68, en *GF* Nº 60, 1969, p. 115.

78 *Idem. V.* además, Allan-R. Brewer-Carías, "Consideraciones sobre la impugnación de los Actos de Registro en la vía contencioso-administrativa" en libro *Homenaje a Joaquín Sánchez Coviza,* (en prensa), Caracas, 1975.

79 La distinción entre funciones del Estado que la doctrina ha realizado, muchas veces se confunde al querer identificar un tipo de acto jurídico estatal con la función ejercida por el Estado. *V.* Agustín Gordillo, *Introducción al Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1966, pp. 91 y ss. Nosotros mismos hemos incurrido en esta confusión: *V.*

En efecto, de lo expuesto anteriormente resulta que la función normativa la ejerce el Estado en Venezuela a través de sus órganos legislativos (Asamblea Nacional), de sus órganos ejecutivos (Presidente de la República), o de sus órganos judiciales (Tribunales), de los órganos del Poder Ciudadano (Consejo Moral republicano, Defensoría del pueblo, Ministerio Público, Contraloría general de la República) y de los órganos electorales (Consejo nacional Electoral).

En cuanto a la función de gobierno, la ejerce el Estado a través de sus órganos legislativos (Asamblea nacional y de sus órganos ejecutivos (Presidente de la República).

La función jurisdiccional la ejerce el Estado a través de sus órganos judiciales (Tribunal Supremo de Justicia), de sus órganos ejecutivos (Administración Pública) y de sus órganos electorales (Consejo Nacional Electoral).

La función de control la ejerce el Estado en Venezuela a través de sus órganos legislativos (Asamblea Nacional), de sus órganos ejecutivos (Administración Pública), de sus órganos judiciales (Tribunales), de sus órganos de control (Consejo Moral Republicano, Defensoría del pueblo, Ministerio Público, Contraloría General de la República) y de sus órganos electorales (Consejo Nacional Electoral).

Y la función administrativa la ejerce el Estado a través de sus órganos ejecutivos (Administración Pública), de sus órganos electorales (Consejo Nacional Electoral), de sus órganos legislativos (Asamblea Nacional), de sus órganos judiciales (Tribunal Supremo de Justicia) y de sus órganos de control (Consejo Moral Republicano, Defensoría del pueblo, Ministerio Público, Contraloría General de la República)

Consecuencialmente, de lo anterior no puede deducirse que todo acto realizado en ejercicio de la función normativo, sea un acto legislativo; que todo acto realizado en ejercicio de la función de gobierno, sea un acto de gobierno; que todo acto realizado en ejercicio de la función jurisdiccional, sea un acto judicial; que todo acto realizado en ejercicio de la función de control sea un acto administrativo o que todo acto realizado en ejercicio de la función administrativa, sea también un acto administrativo. Al contrario, así como los diversos órganos del Estado realizan diversas funciones, los actos cumplidos en ejercicio de las mismas no son siempre los mismos ni tienen por qué serlo.

En efecto, tal como hemos señalado, la Asamblea Nacional en ejercicio del Poder Legislativo puede ejercer funciones normativas, de gobierno, jurisdiccionales, de control y administrativas, pero los actos que emanan de la misma al ejercer dichas funciones no son, necesariamente, ni uniformes ni correlativos. Cuando la Asamblea Nacional ejerce la función normativa, es decir, crean normas jurídicas de carácter general actuando como cuerpo legisladores, dicta leyes (Art. 203), pero cuando lo hace en otra forma distinta, por ejemplo, al dictar sus reglamentos internos, ello lo hace a través de actos parlamentarios sin forma de ley (Art. 187,19). Ambos son actos legislativos, pero de distinto valor normativo. Cuando la Asamblea Nacional ejerce la función de gobierno, es decir, intervienen en la formulación de las políticas nacionales, lo hacen a través de leyes (Art. 303) o a través de actos parlamentarios sin forma de ley (Art. 187,10). En el caso de la participación en el ejercicio de la función jurisdiccional, al autorizar el enjuiciamiento del Presidente de la República, la

---

Allan-R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, pp. 108 y ss. En igual confusión incurre la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema. *V.* sentencias de la CSJ en SPA de 18-7-63, en *GF* N° 41, 1963, pp. 116 y ss.; de 27-5-68, en *GF* N° 60, 1969, pp. 115 y ss.; y de 9-7-69, en *GF* N° 65, 1969, pp. 70 y ss. Asimismo, en Venezuela, a pesar de su atento de "distinguir" actividad de función, Gonzalo Pérez Luciani incurre en igual confusión al afirmar que "la actividad que tomada globalmente sea relevante jurídicamente se puede decir que es una *función*", en "Actos administrativos que en Venezuela escapan al Recurso Contencioso-Administrativo", *RFD*, UCAB, Caracas, 1967-1968 N° 6, p. 196.

Asamblea concretiza su acción a través de un acto parlamentario sin forma de ley (266,2). Cuando la Asamblea ejerce sus funciones de control el Gobierno y la Administración Pública también dicta actos parlamentarios sin forma de ley (Art. 187,3). En cuanto al ejercicio de la función administrativa por la Asamblea Nacional, ella puede concretarse en leyes (187,9)[80], actos parlamentarios sin forma de ley (Art. 187,12) o actos administrativos (Art. 187,22).

Por su parte, cuando los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, particularmente el Presidente de la República, realizan la función normativa, ésta se concretiza en decretos-leyes delegados dictados en virtud de una habilitación legislativa (Art. 203; 236,8) o en reglamentos (actos administrativos de efectos generales) (Art. 236,10; 266,5), y cuando realiza la función de gobierno, dicta actos de gobierno, de ejecución directa e inmediata de la Constitución (Art. 236,2,4,5,6,719,21). En los casos de ejercicio de la función jurisdiccional, de la función de control y de la función administrativa, los órganos ejecutivos dictan, por ejemplo, actos administrativos (Art. 259; 266,5).

En cuanto a los órganos que ejercen el Poder judicial, cuando por ejemplo el Tribunal Supremo de Justicia ejerce la función normativa, dicta reglamentos (actos administrativos de efectos generales),[81] cuando ejerce la función administrativa y la función de control sobre el Poder Judicial (Art. 267), dictan actos administrativos; y cuando ejerce la función jurisdiccional, dictan actos judiciales (sentencias) (Art. 266, 336).

Por su parte, cuando los órganos que ejercen el Poder Ciudadano realizan la función de control (Art. 274; 281; 289), la función normativa y la función administrativa, la misma se concreta en actos administrativos de efectos generales (reglamentos) o de efectos particulares (Art. 259; 266,5).

Igualmente, cuando los órganos que ejercen el Poder Electoral realizan la función normativa (Art. 293,1), dictan actos administrativos de efectos generales (reglamentos) (Art. 293,1); y cuando realizan la función administrativa (Art. 293,3) y de control (Art. 293,9), la misma se concreta en actos administrativos (Art. 259; 266,5).

En esta forma, el ejercicio de la función normativa se puede manifestar, variablemente, a través de leyes, actos parlamentarios sin forma de ley, decretos-leyes y reglamentos (actos administrativos de efectos generales); el ejercicio de la función de gobierno, a través de actos de gobierno, leyes y actos parlamentarios sin forma de ley; el ejercicio de la función jurisdiccional, a través de actos parlamentarios sin forma de ley, actos administrativos y sentencias; el ejercicio de la función de control, a través de leyes, actos parlamentarios sin forma de ley, actos administrativos y sentencias; y el ejercicio de la función administrativa, a través de leyes, actos parlamentarios sin forma de ley y actos administrativos. En sentido inverso, puede decirse que las leyes sólo emanan de la Asamblea Nacional actuando no sólo en ejercicio de la función normativa, sino de la función de gobierno, de la función de control y de la función administrativa; que los actos de gobierno emanan del Presidente de la República, actuando no sólo en ejercicio de la función de gobierno sino en ejercicio de la función normativa; que los actos parlamentarios sin forma de ley sólo emanan de la Asamblea Nacional, actuando en ejercicio de las funciones normativas, de gobierno, de control y administrativa; y que los actos judiciales (sentencias) sólo emanan de los tribunales, actuando en ejercicio de la función jurisdiccional.

80 En el pasado, por ejemplo, eran las leyes aprobatorias de contratos estatales conforme al artículo 126 de la Constitución de 1961.

81 Los reglamentos establecidos en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, Art. 6, Párrafi1,10,12.

En todos estos casos, el tipo de acto se dicta exclusivamente por un órgano estatal, pero en ejercicio de variadas funciones estatales. Lo privativo y exclusivo de los órganos estatales en esos casos, no es el ejercicio de una determinada función, sino la posibilidad de dictar determinados actos: las leyes y los actos parlamentarios sin forma de ley por la Asamblea nacional; los actos de gobierno por el Presidente de la República; y los actos judiciales (sentencias) por los tribunales.

En cuanto a los actos administrativos, éstos pueden emanar de la Asamblea Nacional, actuando en función administrativa y en función de control; de los tribunales, actuando en función normativa, en función de control y en función administrativa; de los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo (Administración Pública Central) cuando actúan, en función normativa, en función jurisdiccional, en función de control y en función administrativa; de los órganos que ejercen el Poder Ciudadano actuando en función normativa, en función de control y en función administrativa; y de los órganos que ejercen el Poder Electoral actuando también en función normativa, en función de control y en función administrativa.

Los actos administrativos en esta forma, y contrariamente a lo que sucede con las leyes, con los actos parlamentarios sin forma de ley, con los actos de gobierno y con las sentencias judiciales, no están reservados a determinados órganos del Estado, sino que pueden ser dictados por todos ellos y no sólo en ejercicio de la función administrativa.

En esta forma, es evidente que al analizar la función administrativa y la concreción más general que resulta de su ejercicio, que son los actos administrativos, no puede adoptarse un criterio orgánico para su caracterización, en virtud de la no coincidencia de la separación orgánica de poderes (división del Poder Público) con la distribución de funciones. Por otra parte, para la diferenciación de los actos estatales, tampoco pueden adoptarse criterios orgánicos, pues si bien es cierto que las leyes emanan solamente de la Asamblea Nacional, que los decretos leyes delegados (con fuerza y valor de ley) y los actos de gobierno emanan solamente del Presidente de la República, y que las sentencias judiciales emanan solamente de los tribunales, eso mismo no se puede decir de los actos administrativos, que emanan de todos los órganos del Estado.

La definición de las funciones del Estado, por tanto, ha de ser una definición material que se deriva de la naturaleza de la actividad estatal y no del órgano del cual emana o de su, forma;[82] y para llegar a dicha caracterización material resulta indispensable, tal como se ha señalado anteriormente, no confundir la función misma con el acto que emana de su ejercicio[83], es decir, la naturaleza de la actividad estatal (función) con el resultado de su ejercicio (actos jurídicos).

---

82 *Cfr.,* Allan-R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales, cit.,* pp. 109 y ss. En sentido coincidente fue tradicional la doctrina de la Corte Suprema: en 1951 señaló que "no son los nombres o denominaciones, sino su naturaleza o contenido lo que da a los actos, tanto de los funcionarios como de los particulares, su verdadero carácter, su significación o su fisonomía propia". (*V.* sentencia de la CFC en CP de 4-4-51, en *GF* N° 7, 1952, p. 17); en 1952, expresó que "los actos administrativos como los judiciales, fiscales lo son por su naturaleza, por la cuestión que en ellos se ventila, y no cambia ese carácter ni suspende ni restringe la facultad del funcionario a quien la ley le da competencia para conocer y decidir, la circunstancia de que otra autoridad conozca de asunto semejante y aun conexo con aquél" (sentencia de la CFC en CP de 30-10-52, en *GF* N° 12, p. 18); y en 1963 insistió en que "prevalece en la doctrina el criterio de que, tratándose de actos del Poder Público, 09 la condición de acto administrativo no deriva, necesariamente, de la índole del organismo o funcionario que lo realiza, sino de la función o facultad que éste ejerce al realizarlo" (sentencia de la CSJ en SPA de 18-7-63, en *GF* N° 41 1963, pp. 116 y ss.). Contra la definición material protesta en Venezuela, L.H. Farías Mata al proclamar, siguiendo a F. Garrido Falla, un criterio orgánico. *V.* en "Procedimientos para la fijación de cánones de arrendamiento en el Derecho Venezolano", *Studia jurídica,* N° 13, Caracas, 1971, pp. 423 y ss. *V.* la referencia en Nota N° 12 del parágrafo 16.

83 En esta forma, como lo hemos señalado desde 1975 en nuestro *Derecho Administrativo*, Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975, nos hemos apartado parcialmente del intento que hicimos de definir la fun-

IV. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DENTRO DE LAS ACTIVIDADES ESTATALES

La identificación de la actividad administrativa dentro de las actividades del Estado no puede realizarse con los mismos criterios utilizados para precisar a la Administración Pública como complejo orgánico (criterio orgánico), o para caracterizar a la función administrativa dentro de las funciones del Estado (criterio material), pues no sólo no es actividad administrativa la totalidad de la actividad desplegada por los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, sino que tampoco constituyen actividad administrativa todas las actividades que resultan del ejercicio de la función administrativa.

1. *Las diversas actividades del Estado*

En efecto, las actividades que despliegan los órganos ejecutivos, tal como se señaló anteriormente, pueden clasificarse en general, en dos grandes grupos que responden a las nociones de gobierno y administración (Arts. 187,3; 226) es decir, por una parte, actividad de gobierno y por la otra, actividad administrativa. La actividad de gobierno, tal como se indicó anteriormente, resulta del ejercicio de la función de gobierno por el Presidente de la República (Art. 236,4,7,9,19), y se caracteriza frente a la actividad administrativa por dos elementos combinados: en primer lugar, porque la actividad de gobierno, sólo puede ser realizada por el Presidente de la República, como jefe del Estado, "en cuya condición dirige la acción de Gobierno" (Art. 226), y en segundo lugar, porque se trata de actividades desplegadas en ejecución de atribuciones establecidas directamente en la Constitución, sin posibilidad de condicionamiento legislativo, y que, por tanto, tienen el mismo rango que la actividad legislativa. Es el caso, por ejemplo, de los decretos de estados de excepción, los cuales si bien excepcionalmente han sido objeto de una regulación legislativa (ley orgánica) autorizada en la Constitución (Art. 338)[84]; los actos ejecutivos, por ejemplo, de restricción de garantías constitucionales y la necesaria regulación que debe dictar el Presidente de la República en relación con el ejercicio de los derechos cuyas garantías se restringen (Art. 339), tienen rango de ley.

En esta forma, la actividad de gobierno se distingue de la actividad administrativa realizada por los órganos ejecutivos, en que ésta se realiza a todos los niveles de la Administración Pública, y siempre tiene rango sublegal, es decir, se despliega por los órganos ejecutivos en ejecución de atribuciones directamente establecidas en la legislación, y sólo en ejecución indirecta y mediata de la Constitución[85]. Este es el criterio formal, derivado de la teoría merkeliana de construcción escalonada del orden jurídico[86], para la identificación de la problemática administrativa, la cual ha sido acogida en la Constitución al reservarse al control de la Jurisdicción Constitucional, los actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (Art. 336,2), con lo que los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación y mediata e indirecta de la Constitución (actos administrativos) caen entonces bajo el control de la Jurisdicción contencioso administrativa (Art. 259) y de la Jurisdicción contencioso electoral (Art. 297).

---

ción administrativa a través de la naturaleza de los actos administrativos. *V.* Allan-R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales. . ., cit.,* p. 109.

84 Ley Orgánica sobre Estados de Excepción (Ley Nº 32), *G.O.* Nº 37.261 de 15-08-2001.

85 En este sentido es que podría decirse que la actividad administrativa se reduce a ejecución de la ley.

86 Adolf Merkl, *Teoría General del Derecho Administrativo,* Madrid, 1935, p. 13. *Cfr.,* Hans Kelsen, *Teoría General del Estado,* México, 1957, p. 510, y *Teoría Pura del Derecho,* Buenos Aires, 1974, pp. 135 y ss. *V.* algunas de las referencias en Allan-R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia Venezolana,* Caracas, 1964, pp. 24 y ss.

Para la distinción de la actividad legislativa de la actividad de gobierno y dé la actividad administrativa no sólo debe utilizarse el criterio orgánico, sino también el criterio formal: la actividad de gobierno, aun cuando realizada en ejecución directa de la Constitución, está reservada al Presidente de la República, en tanto que la actividad legislativa, realizada también en ejecución directa de la Constitución[87], está reservada a la Asamblea Nacional; aún cuando esta pueda delegarla en el Presidente de la República mediante una ley habilitante (Art. 203), en cuyo caso la actividad desplegada por el Presidente mediante decretos leyes habilitados (Art. 236,8) es una actividad legislativa delegada. En esta forma, el criterio orgánico distingue la actividad de gobierno de la actividad legislativa, y ambas se distinguen de la actividad administrativa mediante el criterio formal: tanto la actividad de gobierno como la actividad legislativa (tanto la realizada por la Asamblea nacional como la realizada por delegación de ésta por el Presidente de la República) se realizan en ejecución directa de competencias constitucionales, en tanto que la actividad administrativa siempre es una actividad sublegal, es decir, sometida a la ley y realizada en ejecución de la ley, y por tanto, en ejecución mediata e indirecta de la Constitución.

La actividad judicial, por su parte, también se distingue de la actividad de gobierno y de la actividad legislativa con base en los dos criterios señalados: desde el punto de vista orgánico, porque la actividad judicial está reservada a los Tribunales de la República, en tanto que la actividad legislativa está reservada a la Asamblea nacional, la cual puede delegarla en el Presidente de la República (leyes habilitantes) y la actividad de gobierno está reservada al Presidente de la República[88], y desde el punto de vista formal, porque al igual que la actividad administrativa, la actividad judicial es una actividad sublegal, es decir, sometida a la ley y realizada en ejecución de la ley.

Por último, en cuanto a la distinción entre la actividad administrativa y la actividad judicial, si bien no puede utilizarse el criterio formal de su graduación en el ordenamiento jurídico ya que ambas son de ejecución directa e inmediata de la legislación y de ejecución indirecta y mediata de la Constitución, sí se distinguen con base al criterio orgánico y a otro criterio formal. Desde el punto de vista orgánico, la actividad judicial está reservada a los tribunales con carácter de exclusividad, ya que sólo éstos pueden dictar sentencias; y desde el punto de vista formal, la declaración de lo que es derecho en un caso concreto que realizan los órganos judiciales, se hace mediante un proceso con fuerza de verdad legal, que sólo las sentencias poseen.

De lo anterior resulta entonces que las actividades de gobierno, judiciales y legislativas son actividades reservadas respectivamente, al Presidente de la República, a los tribunales y a la Asamblea Nacional. La actividad de gobierno, en efecto, consiste en la producción de actos de gobierno y decretos con rango de ley por el Presidente de la República, dictados en ejercicio de la función de gobierno; la actividad judicial, por su parte, consiste en la adopción de decisiones judiciales (sentencias) por la Corte Suprema de justicia y los

---

87 La Asamblea Nacional realiza su actividad legislativa en cumplimiento de atribuciones directamente establecidas en la Constitución (Art. 187,1; 203). En el solo caso de las leyes especiales que han de someterse a las leyes orgánicas preexistentes (Art. 203) podría decirse que hay condicionamiento legislativo de la propia actividad legislativa. En igual sentido, los decretos-leyes dictados por el Presidente de la República en ejercicio de la función normativa, están condicionados por la ley habilitante o de delegación (Art. 236,8).

88 Puede decirse, entonces, que la separación orgánica de poderes tiene plena concordancia con la división orgánica de las actividades de gobierno (reservada al Presidente de la República), legislativas (reservadas a la Asamblea Nacional, la cual puede delegarla en el ejecutivo Nacional) y judiciales (reservada a los Tribunales). Por supuesto, la coincidencia de actividades específicas con órganos estatales determinados concluye allí, pues la actividad administrativa, al contrario, no está reservada a ningún órgano estatal específico, sino que se realiza por todos ellos.

Tribunales de la República, en ejercicio de la función jurisdiccional. Por último, la actividad legislativa consiste en la producción de leyes y actos parlamentarios sin forma de ley dictados por la Asamblea nacional en ejercicio tanto de la función normativa como de la función de gobierno y de la función administrativa. También debe considerarse como actividad legislativa la cumplida por el Presidente de la República, por delegación de la Asamblea Nacional mediante leyes habilitantes, a través de decretos leyes delegados.

2. *La actividad administrativa*

En cuanto a la actividad administrativa, sin embargo, respecto de ella no se produce la reserva de su ejercicio a determinados órganos estatales, sino que la misma se realiza por todos los órganos del Estado.

De allí las definiciones negativas de la actividad administrativa que pretendían delimitarla señalando que era toda aquella actividad estatal que no fuera ni actividad de gobierno, ni actividad judicial, ni actividad legislativa[89]; es decir, todo el residuo que quedaba luego de restarle a la actividad estatal, la actividad de gobierno, la actividad legislativa y la actividad judicial. Pero indudablemente que la definición negativa o residual de la actividad administrativa no satisface el razonamiento lógico[90], por lo cual resulta necesario tratar de formularla en forma positiva.

Para ello hay que partir de diversos supuestos: en *primer* lugar, no puede utilizarse un criterio orgánico para su diferenciación de las otras actividades del Estado, pues si bien el cumplimiento de éstas está reservado a ciertos órganos estatales, la realización de la actividad administrativa está encomendada, dentro de sus respectivas competencias, a todos los órganos del Estado[91].

En *segundo* lugar, tampoco puede identificarse la actividad administrativa como el resultado del ejercicio de una función estatal, pues ella resulta tanto del ejercicio de la función administrativa, de la función jurisdiccional, de la función normativa y de la función de control por órganos del Poder Ejecutivo; como por el ejercicio de la función administrativa y de control por la Asamblea Nacional; o de la función administrativa, normativa o de control por los tribunales; del ejercicio de la función de control, de la función normativa y de la función administrativa por órganos del Poder Ciudadano; o del ejercicio de la función administrativa, de la función normativa y de la función de control por órganos del Poder Electoral[92].

---

[89] *Cfr.,* A. Merkl, op cit., p. 35; M. Waline, *Droit Administratif,* Paris 1963, p. 4; A. Gordillo, *Introducción al Derecho Administrativo,* Buenos Aires, 1966, p. 99.

[90] Para una crítica a la concepción negativa de la Administración, *V.* F. Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo,* Vol. I, 1970, p. 32.

[91] En tal sentido no puede aceptarse el criterio orgánico que define la Administración Pública como "una zona de la actividad desplegada por el Poder Ejecutivo". *V.* F. Garrido Falla, *op. cit.,* Vol. I, pp. 36, 38 y 49. Esta concepción la sigue en Venezuela Luis H. Farías Mata, "Procedimiento para la fijación de cánones de arrendamiento en el Derecho Venezolano", *Studia Juridica*, Nº 3, Caracas, 1974, pp. 423 y ss.

[92] Algunos autores, como A. Gordillo, al confundir la función estatal con la actividad estatal, reservan el ejercicio de la función legislativa a los órganos del Poder Legislativo, y el ejercicio de la función jurisdiccional a los órganos del Poder Judicial, y en cambio atribuyen el ejercicio (le la función administrativa a los tres grupos de órganos estatales, *op. cit.,* p. 99. Igualmente, su *Tratado de Derecho Administrativo,* Parte General, Tomo I. Buenos Aires, 1974, pp. VII-13 y VII-16.

En *tercer* lugar, tampoco puede utilizarse un criterio meramente formal de graduación de los actos en el ordenamiento jurídico, pues no sólo la actividad administrativa tiene carácter sublegal, pues también lo tiene la actividad judicial[93].

En *cuarto* lugar, la actividad administrativa consiste tanto en la producción de actos heterogéneos, pues no sólo pueden ser unilaterales o bilaterales (contratos administrativos, concesiones), sino que los unilaterales pueden ser de efectos generales (reglamentos) o actos administrativos individuales, como de operaciones materiales. Resulta, por tanto, imposible utilizar un criterio material que pueda reducir a una unidad la actividad administrativa.

De lo anterior se deduce, por tanto, que debido al carácter residual de la actividad administrativa[94], y no existiendo coincidencia entre la actividad administrativa y el órgano que la produce, o entre ella y la función que se ejerce para producirla, resulta indispensable utilizar una mezcla de criterios[95]. En esta forma, frente a las diversas actividades estatales, se considera que constituyen actividad administrativa: 1) Aquellas actividades de carácter sublegal[96] realizadas por los órganos del Poder Ejecutivo (Administración Pública como conjunto orgánico) en ejercicio de la función administrativa, de la función normativa, de la función de control o de la función jurisdiccional[97]; 2) Aquellas actividades realizadas por los Tribunales de la República en ejercicio de la función administrativa, de la función de control sobre la administración de justicia o de la función normativa;[98] 3) Aquellas activi-

---

93 Podría decirse, sin embargo, como lo hizo O. Mayer, que la Administración sería una actividad del Estado bajo la ley para el cumplimiento de sus fines; en tanto que la función judicial sería una actividad del Estado en la cual el cumplimiento de la ley (Por la ley) constituye el fin esencial de la misma. *Cfr.,* las referencias en J.L. Villar Palasí, *Derecho Administrativo*. *Introducción y Teoría de las Normas,* Madrid, 1968, p. 43.

94 Históricamente, la aplicación del principio de separación de poderes con posterioridad a la Revolución Francesa, produjo que se le quitaran al monarca las funciones legislativas atribuidas al Parlamento y las funciones jurisdiccionales, atribuidas a los Tribunales. En el monarca quedaron las funciones ejecutivas, con carácter residual. *Cfr.,* F. Garrido Falla, *op. cit.,* Tomo I, p. 35; J.L. Villar Palasí, *op. cit.,* pp. 48 y 49.

95 Esta utilización de varios criterios es la que nos ha criticado Gonzalo Pérez Luciani, en "Actos administrativos que en Venezuela escapan al Recurso Contencioso-Administrativo", *RFD*, UCAB, Caracas, 1967-1968, N° 6, p. 183, Nota Nº 19.

96 En esta forma, quedaría excluida de la actividad administrativa, la actividad de gobierno realizada por los órganos ejecutivos en ejercicio tanto de la función normativa como de la función de gobierno, por ser ésta de rango legal (realizada en ejecución directa de la Constitución).

97 En este sentido, constituye actividad administrativa realizada en ejercicio de la función administrativa, por ejemplo, el otorgamiento de un permiso o licencia para conducir automóvil o para operar una estación de radio (actos administrativos individuales): constituye actividad administrativa realizada en ejercicio de la función jurisdiccional, por ejemplo, la decisión del Registrador de la Propiedad Industrial, a la oposición formulada por un interesado contra la solicitud de registro de una marca de fábrica por un industrial, o la decisión de un Ministro resolver un recurso jerárquico (actos administrativos individuales); constituye actividad administrativa realizada en ejercicio de la función normativa, por ejemplo, los Reglamentos ejecutivos dictados por el Presidente de la República (actos administrativos de efectos generales). Los órganos del Poder Ejecutivo, por tanto, es decir, la Administración Pública como complejo orgánico, no está confinada al solo ejercicio de la función administrativa, como lo señala A. Gordillo, *Introducción…, cit.,* p. 98. A lo que está confinada es a la realización de actividad administrativa (además de la actividad de gobierno), pero no al ejercicio de una sola función estatal. Por ello, insistimos, no debe confundirse la función administrativa con la actividad administrativa, pomo la mayoría de los administrativos lo hacían. *Cfr.,* F. Garrido Falla, *op. cit.,* Tomo I, pp. 30 y ss.; A. Gordillo *Introducción..., cit.,* pp. 91 y ss. Nosotros mismos lo hemos hecho. *V.* Allan-R. Brewer-Cartas, *Las Instituciones Fundamentales…, cit.,* pp. 108 y ss.

98 En este sentido, constituyen una actividad administrativa realizada en ejercicio de la función administrativa, por ejemplo, el acto de nombramiento de los empleados administrativos de los juzgados, o los actos de ejecución presupuestaria adoptados por los jueces (actos administrativos individuales); y constituyen una actividad administrativa realizada en ejercicio de la función normativa, por ejemplo, los reglamentos dictados por el Tribunal Supremo de Justicia o de organización interna de los tribunales (actos administrativos de efectos generales). En cuanto

dades realizadas por la Asamblea Nacional en ejercicio de la función administrativa[99]; 4) Aquellas actividades realizadas por los órganos del Poder Ciudadano en ejercicio de la función de control, de la función administrativa o de la función normativa; y 5) Aquellas actividades realizadas por los órganos del Poder Electoral en ejercicio de la función administrativa, de la función de control o de la función normativa.

Por supuesto que las actividades administrativas cumplidas por la Administración Pública como complejo orgánico son las que constituyen el campo normal de aplicación del derecho administrativo, pero ello, por supuesto, no puede conducir a negar el carácter administrativo de las otras actividades señaladas realizadas tanto por la Asamblea Nacional como por los tribunales. Por otra parte, el objeto del derecho administrativo no se agota en el estudio de la actividad administrativa tal como se ha definido, sino que abarca también el estudio de la actividad legislativa cumplida en ejercicio de la función administrativa, así como de la actividad de gobierno cumplida por los órganos superiores del Poder Ejecutivo.

Ahora bien, la actividad administrativa del Estado, desde el punto de vista estrictamente jurídico, tal como se ha dicho, es una actividad de carácter sublegal, es decir, que se realiza con sujeción a la ley. De allí la vigencia del principio de la legalidad, base del Estado de derecho. Sin embargo, no puede ya decirse que la administración se agote con la mera ejecución mecánica de la ley[100]. La administración debe someterse a la legalidad, pero no consiste en la sola ejecución de las leyes.

A lo heterogéneo de los actos que pueden resultar de la actividad administrativa en el mundo contemporáneo[101], se agrega, en todo caso, la heterogeneidad de las formas que puede revestir esa actividad. Ya no se está en presencia de un Estado que limitaba su actividad a actuar como gendarme en el orden económico y social, cuidando que los derechos individuales garantizados por las leyes se mantuvieran incólumes. El Estado contemporáneo, al dejar de ser un Estado Liberal-Burgués de Derecho y asumir su papel de Estado Social de Derecho (Estado Benefactor) o de Estado Democrático y Social de Derecho (Art. 2 de la Constitución), ha venido asumiendo una serie de actividades no sólo reguladoras del orden económico y social (policía administrativa), sino ordenadoras, promotoras (fomento), prestadoras de servicios públicos, empresariales (gestión económica) y planificadoras que caracterizan, en el mundo actual, a la actividad administrativa. Fácil es comprender, por tanto, por qué el estudio del régimen jurídico de esta actividad forma la médula central del derecho administrativo.

---

a los denominados como "actos de la jurisdicción voluntaria", los mismos también podrían considerarse como actividad administrativa realizada por los tribunales competentes en ejercicio de la función administrativa. No hay en ellos, realmente, ejercicio de la función jurisdiccional por los tribunales. Tanto es así, que en Venezuela, por ejemplo, la labor de "registro" de ciertos documentos mercantiles en el área metropolitana de Caracas, antaño atribuida a los Tribunales Mercantiles de Primera Instancia, se atribuyeron hace algunos lustros al Registrador Mercantil; y las labores de "autenticación" y reconocimiento de ciertos documentos, atribuidas tradicionalmente a ciertos jueces, en determinadas áreas del país se han atribuido a funcionarios administrativos: los Notarios, dependientes del Ministerio del Interior y de Justicia. Sobre el carácter administrativo de los actos de la jurisdicción voluntaria, *V.* los comentarios contrarios de F. Garrido Falla, *op. cit.,* Tomo I, pp. 40 y ss., quien califica estas actividades como "seudo adminisrativas". *Cfr.,* A. Gordillo, *op. cit.,* p. 100; J.L. Villar Palasí, *op. cit.,* p. 46. *V.* sobre ello Allan-R. Brewer-Carías, "Estudio sobre la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de los actos administrativos de registro en Estudios en *Homenaje a Joaquín Sánchez Coviza,* Caracas, 1975 (en prensa).

99 Por ejemplo, los actos de la Asamblea nacional dictados en el campo de la administración de su personal administrativo o de su presupuesto (actos administrativos individuales).

100 *Cfr.,* Héctor Giorgi, *La Nueva Administración Pública,* Montevideo, 1965, pp. 53 y ss.

101 Reglamentos, actos administrativos unilaterales (generales o individuales), actos administrativos bilaterales (contratos o concesiones administrativas), y operaciones materiales.

3. *Los principios de la actividad de la administración pública en la Ley Orgánica de la Administración Pública*

De acuerdo con el artículo 141 de la Constitución, la Administración Pública se fundamenta en "los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho".

Estos principios los repite el artículo 12 de la LOAP al precisar que la actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en "los principios de economía, celeridad, simplicidad administrativa, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad, transparencia, buena fe y confianza". Asimismo, se efectuará dentro de parámetros de racionalidad técnica y jurídica.

Tales principios, con anterioridad, también habían sido definidos como principios de la actividad administrativa por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1982, en cuyo artículo 30 se enumeraron los de "principios de economía, eficacia, celeridad e imparcialidad"[102].

A. *El principio de la legalidad*

El primer principio relativo a la Administración Pública y a todos los órganos del Estado en general, es el principio de legalidad que deriva del artículo 137 de la Constitución, que dispone:

> La Constitución y la Ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.

Esta norma recoge el principio del artículo 117 de la Constitución de 1961, pero con una nueva redacción, de la cual se debe destacar que no se habla de "atribuciones del Poder Público", lo cual era impropio, ya que el Poder Público es una potestad constitucional y no un órgano; sino de "las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público", cuyas actividades son las que deben sujetarse a la Constitución y a las leyes.

Este principio de legalidad o de actuación en conformidad con el derecho, por tanto, implica que las actividades que realicen todos los órganos que ejercen el Poder Público y no sólo los que conforman la Administración Pública, deben someterse a la Constitución y a las leyes. La consecuencia de ello, en un Estado de derecho como el que organiza la Constitución de 1999, es que las actividades contrarias al derecho están sometidas al control tanto de la jurisdicción constitucional (art. 334) como de la jurisdicción contencioso administrativa (art. 259), cuyos tribunales pueden anularlos.

En relación con la Administración Pública, la LOAP expresa formalmente el principio, vinculándolo a la competencia, para lo cual, además, precisa la jerarquía de las fuentes del derecho aplicable a la Administración, así:

> *Artículo 4º.* La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a las leyes y a los actos administrativos de carácter normativo, dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático a las personas.

---

102 Véase *Gaceta Oficial* Nº 2818 *Extraordinaria* de 1-7-81. Véase además, en Allan R. Brewer-Carías y otros, *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, 12 edición, Caracas, 2001, pp. 175 y ss.

Se destaca de esta norma, como se dijo, la indicación formal de la jerarquía de las fuentes del derecho: 1) la Constitución, 2) las leyes y 3) los actos administrativos normativos; y la referencia al principio teleológico de la sumisión a la ley, cuyo fin es la garantía y protección de las libertades públicas propias del régimen democrático. Las fuentes del derecho, además, para ser tales, deben haberse dictado formal y previamente a la actividad que se regule, lo que implica la proscripción de la retroactividad de la ley.

El principio de la legalidad, además, se erige como un principio en el cual se fundamenta la Administración Pública, definiéndose como "el sometimiento pleno a la ley y al derecho" (art. 141), y es una de las misiones fundamentales de los órganos del Poder Ciudadano, consistente en velar por "la aplicación del principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del Estado" (art. 274).

Adicionalmente, el artículo 8 de la LOAP recoge la previsión del artículo 7 de la Constitución, y precisa que "todos los funcionarios de la Administración Pública están en la obligación de cumplir y hacer cumplir la Constitución". Toda autoridad, por tanto, deriva y debe ejecutarse conforme a la Constitución.

B. *El principio de la responsabilidad de los funcionarios*

El segundo principio fundamental que rige para todos los órganos del Estado, es decir, que ejercen el Poder Público, y por supuesto, para la Administración Pública, es el regulado en el artículo 139 de la Constitución, que recoge otra norma tradicional de nuestro constitucionalismo, y es el principio de la responsabilidad individual de los funcionarios públicos en el ejercicio del Poder Público. Dispone dicha norma que:

> El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la Ley.

Esta norma recoge el principio del artículo 121 de la Constitución de 1961, pero agregando a la desviación de poder dentro de los supuestos que generan responsabilidad del funcionario.

En consecuencia, la responsabilidad de los funcionarios cuando en ejercicio del Poder Público causen daños, puede originarse por abuso de poder, es decir, por el llamado vicio en la causa de los actos estatales (falso supuesto, por ejemplo); por desviación de poder, que es el vicio en la finalidad del acto estatal, al usarse el poder conferido para perseguir fines distintos a los establecidos en la norma atributiva de competencia; y en general, por violación de la Constitución o de la Ley, es decir, en general, por contrariedad al derecho.

La Constitución, por otra parte, y también siguiendo una larga tradición de nuestro constitucionalismo, reitera el principio de la responsabilidad de los funcionarios públicos pero, en particular, respecto de los actos que dicten, ordenen o ejecuten, que violen o menoscaben los derechos garantizados constitucionalmente; responsabilidad que puede ser civil, penal y administrativa, sin que pueda servirles de excusa órdenes superiores que reciba el funcionario. (art. 25). Este mismo principio lo repite el artículo 8 de la LOAP, en relación con los funcionarios "de la Administración Pública".

En estos casos, conforme al artículos 10 de la LOAP, y sin perjuicio del derecho de acceso a la justicia establecido en la Constitución (art. 26) y la ley, los particulares cuyos derechos humanos hayan sido violados o menoscabados por un acto u orden de un funcionario público pueden, directamente o a través de su representante, acudir ante el Ministerio Público para que éste ejerza las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva "la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria" en que hubiere incurrido dicho funcionario. Igualmente, pueden acudir ante la Defensoría del Pueblo para que ésta inste al Ministerio Público a ejercer dichas acciones y, además, para que la Defensoría del Pueblo solicite ante el Consejo Moral Republicano que adopte las medidas a que hubiere lugar con respecto a tales funcionarios, de conformidad con la ley.

A los efectos, incluso, de la posibilidad de exigencia de responsabilidad, la LOAP establece el principio de rendición de cuentas, al disponer su artículo 11 que las autoridades y funcionarios de la Administración Pública deben "rendir cuentas de los cargos que desempeñen en los términos y condiciones que determine la ley".

C. *El principio de la responsabilidad patrimonial del Estado*

Una de las innovaciones importantes de la Constitución de 1999 en materia de régimen general del ejercicio del Poder Público, es la previsión expresa del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, es decir, de las personas jurídicas estatales, básicamente la que resultan de la distribución vertical del Poder Público (Repúblicas, Estados y de Municipios); por los daños y perjuicios que causen los funcionarios en ejercicio de sus funciones.

En la Constitución de 1961, el principio de la responsabilidad del Estado se deducía de la previsión del artículo 47, que establecía que las personas no podían pretender que los entes estatales los indemnizaren sino por daños causados por "autoridades legítimas en ejercicio de su función pública"; y del artículo 206, que regulaba la jurisdicción contencioso administrativa (equivalente al artículo 259 de la Constitución de 1999), al atribuirle a los tribunales de dicha jurisdicción, competencia para dictar sentencias de condena "al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados n responsabilidad de la Administración".

En la nueva Constitución, sin embargo, se incluyó una norma expresa en la materia, con el siguiente texto:

> *Artículo 140*: El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública.

La expresión "funcionamiento de la Administración Pública" admite que la responsabilidad del Estado se origine cuando la lesión se derive tanto del funcionamiento normal como del funcionamiento anormal de la Administración Pública.

Se observa, ante todo, que conforme a este artículo, la responsabilidad es del "Estado", es decir, de las personas jurídicas estatales en particular, de la República, de los Estados y de los Municipios en sus respectivos niveles territoriales, por el funcionamiento de sus Administraciones Públicas.

Ahora bien, en cuanto a la expresión "Administración Pública" utilizada en este artículo, en todo caso, debe interpretarse conforme se utiliza la expresión en el Título IV de la Constitución, donde está ubicada, abarcando no sólo la Administración Pública conformada por los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, en los y tres niveles político territoriales, sino la conformada por los órganos que ejercen el Poder Ciudadano y el Poder Electoral, así como la Administración Pública que constituye la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia y las unidades administrativas de la Asamblea Nacional.

La redacción de la norma, sin embargo, no permite su aplicación a los casos de responsabilidad del Estado legislador, causada, por ejemplo, al sancionar una ley. En cuanto a la responsabilidad del Estado por actos judiciales o de los jueces, ésta, sin embargo, sí está regulada expresamente en los artículos 49,8 y 255 de la Constitución.

El principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, por la actividad de la Administración Pública, por otra parte, lo reitera el artículo 14 de la LOAP, que: aún cuando en forma impropia al disponer y la responsabilidad patrimonial sería de la "Administración Pública", cuando esta no es sujeto de derecho ni persona jurídica. La norma, en efecto, señala:

> La Administración Pública será responsable ante los particulares por la gestión de sus respectivos órganos, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los funcionarios por su actuación.
>
> La Administración Pública responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares, siempre que la lesión sea imputable a su funcionamiento.

La "Administración Pública", en efecto, no puede ser responsable pues no es un sujeto de derecho; la responsabilidad es de las personas jurídicas estatales político-territoriales, (República, Estado, Municipios, Distritos Metropolitana), o descentralizadas (p.e., institutos autónomos) que la Constitución comprende en la expresión "Estado".

D. *El principio de finalidad de la Administración Pública*

La Constitución de 1999 en forma expresa establece que "la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos" (art. 141); lo que reitera el artículo 3º de la LOAP, sustituyendo, sin embargo, la expresión ciudadanos por "particulares", agregando que en su actuación la Administración Pública debe dar preferencia a la atención de los requerimientos de la población y a la satisfacción de sus necesidades (art. 5).

Por su parte, el artículo 3 de la LOAP, señala que el "principal objetivo" de la organización y funcionamiento de la Administración Pública, es dar eficacia a los principios, valores y normas consagrados en la Constitución y, en especial, conforme se indica en el artículo 19 de la Constitución, "garantizar a todas las personas, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos".

La Administración Pública, agrega el artículo 5 de la LOAP, debe asegurar a los particulares la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella; además, debe tener entre sus objetivos, la continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas, de acuerdo con las políticas fijadas y teniendo en cuenta los recursos disponibles, determinando al respecto las prestaciones que proporcionan los servicios de la Administración Pública, sus contenidos y los correspondientes estándares

E. *El principio de la publicidad de los actos generales*

Todos los reglamentos, resoluciones y actos administrativos de carácter general dictados por la Administración Pública deberán ser publicados, sin excepción, en la Gaceta Oficial de la República, según el caso, en el medio de publicación oficial del Estado, Distrito metropolitano o Municipio correspondiente (art. 13). La norma recoge el principio general del comienzo de la eficacia de los actos administrativos de efectos generales (normativos) o de carácter general (destinados a varios sujetos de derecho), sujetándolo a la publicación en la Gaceta Oficial.

El artículo 13, sin embargo, además de referirse a los reglamentos (siempre de carácter normativo) y a los actos administrativos de carácter general, menciona a las "resoluciones". Estas, conforme a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (art. 16) son los actos administrativos que emanan de los Ministros del Ejecutivo Nacional, por lo que las mismas, sean o no de efectos generales o de carácter general, deben publicarse en la Gaceta Oficial.

En cuanto a los Estados, Distritos Metropolitanos y Municipios, los actos de los mismos de orden normativo o de carácter general, también deben publicarse en la correspondiente "publicación oficial" de las entidades respectivas.

§ 19. Los actos de los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo: los actos ejecutivos

La Constitución 1999, siguiendo la tradición constitucional precedente, clasifica los actos dictados por los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo (actos ejecutivos), según su graduación conforme a la ejecución de la Constitución, entre actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y, por tanto, en principio, de rango legal; y actos dictados en ejecución indirecta y mediata de la Constitución, los cuales al ser dictados en ejecución de la legislación son, por tanto, en principio, de rango sublegal[1].

Los primeros, son actos que tienen el mismo rango que las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional; los segundos, en general, son los reglamentos y demás actos administrativos. Los primeros están sometidos al control de la constitucionalidad que ejerce la Jurisdicción Constitucional; y los segundos, estarían, en principio, sometidos al control de constitucionalidad y legalidad que ejerce la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Pero en la Constitución de 1999, dentro de los actos ejecutivos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (a pesar de que entre ésta y el decreto dictado se encuentra una ley), están los decretos dictados por el Presidente de la República en virtud de delegación legislativa efectuada mediante una ley habilitante (art. 203). Estos decretos, a pesar de que ejecutan una ley, sin embargo, no puede considerarse que tengan rango sublegal, pues en virtud de la propia previsión constitucional que los autoriza tienen "rango y valor de ley" (arts. 203 y 236,8). Estos actos ejecutivos, por ello, están sometidos al control de la Jurisdicción Constitucional, tanto de constitucionalidad como de sujeción a la propia ley habilitante.

Además, en la Constitución están regulados los decretos de estados de excepción (art. 338), los cuales si bien se atribuyen directamente al Presidente de la República, en Consejo de Ministros (art. 236,7), están sometidos al régimen establecido en la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción de 2001[2] prevista en el artículo 338 de la Constitución, que determina las medidas que pueden adoptarse con base en los mismos. Sin embargo, a pesar de que en cierta forma ejecutan una ley, tales decretos tampoco pueden considerarse que tengan rango sublegal, sino que como lo establece la misma Ley Orgánica, tienen "rango y fuerza de Ley" (art. 22), estando, por tanto, sometidos también al control de la Jurisdicción Constitucional.

De lo anteriormente señalado, en consecuencia, puede concluirse que son cinco los tipos de actos ejecutivos en el constitucionalismo venezolano: los decretos con rango y valor de Ley, que comprenden los decretos-leyes (I) y los decretos de estado de excepción (II); los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (actos de gobierno) (III); y los reglamentos (IV) y demás actos administrativos (V), tanto de efectos generales como de efectos particulares; los tres primeros son de rango legal y los dos últimos de rango sublegal. Todos por supuesto están sometidos a control judicial.

---

1 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo,* Tomo I, Caracas, 1975, pp. 378 y ss.

2 Véase *Gaceta Oficial* Nº 37.261 de 15-08-01.

I. LOS DECRETOS CON RANGO Y VALOR DE LEY (DECRETOS-LEYES DELEGADOS)

Dentro de las atribuciones constitucionales del Presidente de la República está la de dictar, en Consejo de Ministros y previa autorización por ley habilitante, *decretos con fuerza de ley* (que constituyen actos legislativos delegados) (Art. 236,8); definiendo, el artículo 203 de la Constitución a las leyes habilitantes, como "las sancionadas por la Asamblea Nacional por las 3/5 partes de sus integrantes, a fin de establecer directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente de la República, *con rango y valor de Ley*". Estas leyes habilitantes deben fijar un plazo para su ejecución.

Se estableció, en esta forma, por primera vez en el constitucionalismo venezolano, la figura de la delegación legislativa[3], en el sentido de que si bien la Asamblea Nacional es competente para "legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las demás ramas del Poder Nacional" (art. 187,1); la misma Asamblea, mediante una ley habilitante puede delegar en el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, la potestad legislativa. En dicha ley, que debe ser sancionada mediante una mayoría calificada de las 3/5 partes de los integrantes de la Asamblea, en todo caso, se deben establecer "las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan" al Presidente, y que éste, por tanto, puede regular mediante Decreto con rango y valor de ley.[4]

1. *Los límites a la delegación legislativa*

Las materias que corresponden a la competencia del Poder Nacional y sobre las cuales puede versar la delegación legislativa, son las enumeradas en el artículo 156 de la Constitución. La legislación relativa a esas materias, por tanto, podría ser delegada al Presidente de la República, pues constitucionalmente no habría límite alguno establecido. Por ello, esta delegación legislativa de la Asamblea Nacional en el Presidente de la República en Consejo de Ministros, no sólo es una innovación de la Constitución de 1999, sino que la misma no tiene precedentes en el constitucionalismo contemporáneo, por la amplitud como está concebida. Esta delegación, por otra parte, cambió el régimen de la Constitución de 1961 que se limitaba a autorizar al Presidente de la República para dictar medidas extraordinarias en materias económicas y financieras, exclusivamente, previa habilitación por el Congreso (arts. 190, ord. 8)[5].

En la Constitución de 1999, en cambio, se ha regulado una amplísima posibilidad de delegación legislativa, sin limitación respecto de las materias que puede contener, lo cual podría resultar en un atentado inadmisible contra el principio constitucional de la reserva legal. Sobre esta delegación legislativa, incluso, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, se ha pronunciado sin fijarle o buscarle límites, admitiendo, incluso, la delegación legislativa en materias que corresponden ser reguladas por leyes orgánicas, en la siguiente forma:

Puede apreciarse, en consecuencia, que, de acuerdo con el nuevo régimen constitucional, *no existe un límite material* en cuanto al objeto o contenido del decreto ley, de manera

---

[3] Véase Allan R. Brewer-Carías, *El Poder Nacional y el sistema democrático de gobierno*, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo III, Caracas, 1996, pp. 40 y ss.

[4] Véase Eloisa Avellaneda Sisto, "El régimen de los Decretos-Leyes, con especial referencia a la Constitución de 1999", en F. Parra Aranguren y A. Rodríguez G. (Editores) *Estudios de Derecho Administrativo, Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Tomo I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 69 a 106.

[5] Sobre estos actos en la Constitución de 1961 véase Gerardo Fernández, *Los Decretos Leyes,* cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo, UCAB, Caracas, 1992.

que, a través del mismo, pueden ser reguladas materias que, según el artículo 203 de la Constitución, corresponden a leyes orgánicas; así, *no existe limitación* en cuanto a la jerarquía del decreto ley que pueda dictarse con ocasión de una ley habilitante, por lo cual podría adoptar no sólo el rango de una ley ordinaria sino también de una ley orgánica.

> Igualmente aprecia la Sala que el Presidente de la República puede entenderse facultado para dictar –dentro de los límites de las leyes habilitantes- Decretos con fuerza de ley Orgánica, ya que las leyes habilitantes son leyes orgánicas por su naturaleza, al estar contenidas en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual se encuentra íntegramente referido a las leyes orgánicas. Así, las leyes habilitantes son, por definición, leyes marco –lo que determina su carácter orgánico en virtud del referido artículo- ya que, al habilitar al Presidente de la República para que ejerza funciones legislativas en determinadas materias, le establece las directrices y parámetros de su actuación la que deberá ejercer dentro de lo establecido en esa ley; además, así son expresamente definidas las leyes habilitantes en el mencionado artículo al disponer que las mismas tienen por finalidad "*establecer las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente o Presidenta de la República…*"[6]

Ahora bien, el primer problema que plantea esta posibilidad de delegación legislativa sin límites expresos en cuanto a las materias a delegar está, sin embargo, en determinar si es posible tal delegación en materias que impliquen regulación de los derechos y garantías constitucionales.

En efecto, en el artículo 156 de la Constitución, en el cual se enumeran las materias de competencia nacional, que podrían ser, en principio, objeto de delegación, al menos las siguientes tienen incidencia directa en el régimen de los derechos y garantías constitucionales (enumerados y desarrollados en los capítulos de la Constitución sobre la nacionalidad, y derechos civiles, políticos, sociales, culturales y educativos, económicos, de los pueblos indígenas y ambientales) enumerados en el Título III de la misma (artículos 19 a 135): la naturalización, la admisión, la extradición y expulsión de extranjeros (ord. 4); los servicios de identificación (ord. 5); la policía nacional (ord. 6); la seguridad, la defensa y desarrollo nacional (ord. 7); el régimen de la administración de riesgos y emergencias (ord. 9); la regulación del sistema monetario, del régimen cambiario, del sistema financiero y del mercado de capitales (ord. 10); el régimen del comercio exterior y la organización y régimen de las aduanas (ord. 15); la legislación sobre ordenación urbanística (ord. 19); el régimen y organización del sistema de seguridad social (ord. 22); la legislación en materia de sanidad, vivienda, seguridad alimentaria, ambiente, turismo y ordenación del territorio (ord. 23); las políticas y los servicios nacionales de educación y salud (ord. 25); el régimen de la navegación y del transporte aéreo, terrestre, marítimo, fluvial y lacustre de carácter nacional (ord. 26); y, en general, la legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de los pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarías y registro público; la de bancos y seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general (ord. 32).

---

6 Véase sentencia Nº 1716 de 19-09-01, dictada con ocasión de la revisión constitucional del Decreto con fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares de 2001.

Es un principio constitucional fundamental, de la esencia del Estado de derecho en cuanto al régimen de los derechos y garantías constitucionales, el de la reserva legal[7], es decir, que las regulaciones, restricciones y limitaciones a los derechos y garantías constitucionales sólo pueden ser establecidas mediante *ley formal*, y "ley", conforme al artículo 202 de la Constitución, no es otra cosa que "el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador"; es decir, el acto normativo emanado del cuerpo que conforma la representación popular.

Es decir, las limitaciones o restricciones a los derechos y garantías constitucionales, de acuerdo con el principio de la reserva legal, sólo puede ser establecidas por el órgano colegiado que represente al pueblo, es decir, por la Asamblea Nacional.

Por ello, frente a una delegación legislativa tan amplia como la que regula la Constitución, sin límites expresos en ella establecidos, sin embargo, lo primero que debe precisarse son los límites que tienen que imponerse a la misma derivados de los propios principios constitucionales. De ello deriva que, siendo el principio de la reserva legal de la esencia del régimen constitucional del Estado de derecho, la delegación legislativa mediante leyes habilitantes al Presidente de la República para dictar decretos con rango y valor de Ley, no puede abarcar materias que se refieran al régimen relativo a los derechos y garantías constitucionales.

La Convención Interamericana de Derechos Humanos, que en Venezuela tiene rango constitucional y es de aplicación prevalente en el derecho interno (art. 23), establece que:

> *Artículo 30.- Alcance de las Restricciones*. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la expresión "leyes" contenida en esta norma sólo puede referirse a los actos legales emanados de "los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente electos"[8], y que, en el caso de Venezuela es la Asamblea Nacional.

En consecuencia, las leyes habilitantes que dicte la Asamblea Nacional delegando la potestad legislativa al Presidente de la República, en nuestro criterio, no pueden referirse a normativa alguna que implique la restricción o limitación de derechos y garantías constitucionales, pues de lo contrario violaría el principio de la reserva legal como garantía constitucional fundamental de tales derechos.

Pero la habilitación legislativa que pueda delegarse al Presidente de la República, tiene otros límites impuestos en la Constitución para garantizar la participación política, que es uno de los valores fundamentales del texto constitucional.

En efecto, la Constitución establece expresamente previsiones donde se impone a la Asamblea Nacional, la obligación de consulta en el procedimiento de formación de las leyes: en primer lugar, con carácter general, el artículo 211 exige a la Asamblea Nacional y a las Comisiones Permanentes que, durante el procedimiento y aprobación de los proyectos de leyes, deben consultar (consultarán) a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos; y en segundo lugar, el artículo 206 exige a la Asamblea Nacional, que debe consultar a los Estados (serán consultados), a través de los Consejos Legislativos, cuando se legisle en materias relativas a los mismos.

---

7 Véase Allan R. Brewer-Carías, "Prólogo" a la obra de Daniel Zovatto G., *Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina*, Caracas-San José 1990, pp. 24 y ss.

8 Opinión Consultiva OC-6/87 de 09-03-86. *Revista IIDH,* Nº 3, San José 1986, pp. 107 y ss.

La delegación legislativa al Presidente de la República no puede configurarse como un mecanismo para eludir el cumplimiento de esta obligación constitucional de consulta en el proceso de elaboración de los Decretos leyes respectivos, la cual no se elimina por el hecho de la delegación legislativa. En consecuencia, los proyectos de Decreto-Ley deben someterse a consulta por el Ejecutivo Nacional en la misma forma indicada en la Constitución, antes de su adopción en Consejo de Ministros.

2. *El control de constitucionalidad de la delegación legislativa*

La ley habilitante que se dicte por la Asamblea Nacional, conforme al artículo 203 de la Constitución, como cualquier ley, está sometida al control de constitucionalidad por parte de la Sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (art. 336,1), que se ha instituido como Jurisdiccional Constitucional[9], la cual puede ejercerlo a instancia de cualquier persona, mediante el ejercicio de una acción popular[10]

Dichas leyes habilitantes, sin embargo, no tienen previsto un control preventivo de la constitucionalidad de sus normas, como sucede con las leyes orgánicas así declaradas por la Asamblea Nacional (art. 202). De ello resulta una inconsistencia constitucional: la Asamblea Nacional puede dictar leyes habilitantes que la Sala Constitucional ha calificado como leyes orgánicas y que no están sometidas a control preventivo por parte de la misma; pero los decretos con fuerza de "ley orgánica" que dicte el Presidente de la República en ejecución de esa ley habilitante, si están sujetos al control preventivo de la Sala Constitucional. Así lo ha indicado la Sala Constitucional en su sentencia de 19-09-01, señalando lo siguiente:

> En este contexto, debe destacarse la particular característica que poseen las leyes habilitantes, ya que, a pesar de ser leyes marco (categoría 4), no requieren del control previo que ejerce esta Sala para determinar si las mismas tienen carácter orgánico; ello debido a que ha sido el propio Constituyente, en su artículo 203, quien las definió como tales, lo que significa que dichas leyes deban ser consideradas como orgánicas, aparte del quórum calificado que, para su sanción, prevé el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
>
> Así, visto que el Presidente de la República puede dictar decretos con rango de leyes orgánicas, debe esta Sala determinar si los mismos están sujetos al control previo de la constitucionalidad de su carácter orgánico por parte de la Sala Constitucional.
>
> En este sentido, observa la Sala que el decreto con fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares, fue dictado con base en la ley habilitante sancionada por la Asamblea Nacional, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 37.076 del 13 de noviembre de 2000, en la cual se delegó en el Presidente de la República la potestad de dictar actos con rango y fuerza de ley en las materias expresamente señaladas.

A este respecto, el artículo 203 hace referencia a que las "*leyes que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánicas serán sometidas antes de su promulgación a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie acerca de la constitucionalidad de su carácter orgánico"* (subrayado nuestro); ello en razón de que la formación (discusión y sanción) de leyes es una atribución que por su naturaleza le corresponde al órgano del Poder Legislativo. No obstante, si en virtud de una habilitación de la

---

9 En general, véase Allan R. Brewer-Carías, *El sistema de Justicia Constitucional en la Constitución de 1999,* Caracas, 2000.

10 Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional. Instituciones Políticas y Constitucionales,* Tomo VI, Caracas, 1996.

Asamblea Nacional se autoriza al Presidente para legislar, el resultado de dicha habilitación (legislación delegada) tiene que someterse al mismo control previo por parte de la Sala Constitucional.

En este sentido, el control asignado a esta Sala tiene que ver con la verificación previa de la constitucionalidad del carácter orgánico de la ley (control objetivo del acto estatal), independientemente del órgano (sujeto) que emite el acto estatal, siempre que esté constitucionalmente habilitado para ello (Asamblea Nacional o Presidente de la República en virtud de la habilitación legislativa).

Así, si bien el Decreto con fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares no fue dictado por la Asamblea Nacional, lo fue por delegación de ésta, razón por la cual esta Sala resulta competente para pronunciarse acerca de la constitucionalidad del carácter orgánico del mismo, y así se declara[11]

En todo caso, los decretos leyes dictados por el Presidente de la República, en ejecución de una ley habilitante, a pesar de ser actos de ejecución directa e inmediata de dicha ley, son también de ejecución directa y inmediata de la Constitución, en virtud de que ésta les confiere rango y valor de Ley (art. 203), por lo que están sometidos al control de la constitucionalidad que ejerce la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como Jurisdicción Constitucional.

En efecto, el artículo 334 de la Constitución dispone que:

> Corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución o que tengan rango legal, cuando colidan con aquella.

Esta competencia se reitera, además, en el artículo 336,3, al atribuir a la Sala Constitucional competencia para:

> Declarar la nulidad total o parcial de los actos de *rango de ley* dictados por el Ejecutivo nacional que colidan con esta Constitución.

En el ordenamiento jurídico venezolano, conforme al artículo 21, Párrafo 9112 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia la Corte Suprema de Justicia, la acción de inconstitucionalidad que se intenta contra las leyes, los actos ejecutivos con rango legal y los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, es una acción popular, que puede ejercer cualquier persona alegando un simple interés en la constitucionalidad.[12]

Los motivos de impugnación de un decreto-ley dictado en ejecución de una ley habilitante, en principio, son motivos de constitucionalidad, es decir, que el mismo "colida con la Constitución" (arts. 334 y 336,3), que viole las disposiciones o principios constitucionales.

Pero en este supuesto de los decretos-leyes, también habría otro motivo de impugnación de orden constitucional, que sería la violación por el Presidente de la República de las "directrices, propósitos y marco" de las materias que se le delegan conforme a la ley habilitante, así como el plazo para el ejercicio de la habilitación que se establezca en ella (art. 203).

---

11 Véase sentencia Nº 1716 de 19-09-01, caso, Revisión constitucional del Decreto con fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares de 2001.

12 Véase Allan R. Brewer-Carías, *El Control de la constitucionalidad de los actos estatales,* Caracas, 1971, p.120 y ss.; *El control concentrado de la Constitucionalidad de las Leyes,* (*Estudio de Derecho Comparado*), Caracas, 1994, pp. 48 y ss.

La violación de estos límites que establezca la ley habilitante, además de violar dicha ley, significarían una trasgresión del propio artículo 203 de la Constitución que regula dichas leyes habilitantes, configurándose, por tanto, además, como vicios de inconstitucionalidad.

II. LOS DECRETOS DE ESTADOS DE EXCEPCIÓN

1. *Los estados de excepción*

El Capítulo II del Título VIII de la Constitución, relativo a la "Protección de la Constitución", está destinado a regular las circunstancias excepcionales que pueden originar situaciones de excepción que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de las personas, y que ameriten la adopción de medidas político-constitucionales para afrontarlas.

En cuanto al régimen de los estados de excepción, el artículo 338 remite a una ley orgánica (LO) para regularlos y determinar las medidas que pueden adoptarse con base en los mismos; y en tal sentido se dictó la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción de 15-08-2001[13] que no sólo los regula en sus diferentes formas, sino que además regula "el ejercicio de los derechos que sean restringidos con la finalidad de restablecer la normalidad en el menor tiempo posible" (art. 1).

Ahora bien, el artículo 337 de la Constitución califica expresamente como estados de excepción.

Las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos.

La ley orgánica precisa que "los estados de excepción *son circunstancias* de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos y ciudadanas o de sus instituciones", por lo que "solamente pueden declararse ante situaciones objetivas de suma gravedad que hagan insuficientes los medios ordinarios que dispone el Estado para afrontarlos" (art. 2) y en caso de "estricta necesidad para solventar la situación de anormalidad" (art. 6).

Por otra parte, la Ley Orgánica exige que "toda medida de excepción debe ser proporcional a la situación que se quiere afrontar en lo que respecta a gravedad, naturaleza y ámbito de aplicación" (art. 4), debiendo además "tener una duración limitada a las exigencias de la situación que se quiere afrontar, sin que tal medida pierda su carácter excepcional o de no permanencia" (art. 5).

Se trata, por tanto, de circunstancias excepcionales que sobrepasan las posibilidades de su atención mediante los mecanismos institucionales previstos para situaciones normales, pero que solo pueden dar lugar a la adopción de medidas que estén enmarcadas dentro de principios de logicidad, racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, lo que se configura como un límite al ejercicio de las mismas.

Además, debe señalarse que la declaratoria del estado de excepción en ningún caso interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público (art. 339); lo que se confirma la Ley Orgánica respectiva (art. 3).

---

13 *Gaceta Oficial* Nº 37261 de 15-08-2001.

Por último, debe señalarse que la declaración de los estados de excepción no modifica el principio de la responsabilidad del Presidente de la República, ni la del Vicepresidente Ejecutivo, ni la de los Ministros de conformidad con la Constitución y la ley (art. 232).

2. *Las diversas formas de los estados de excepción*

Las diversas formas específicas de estados de excepción, se enumeran en el artículo 338 de la Constitución, en el cual se distingue el estado de alarma, el estado de emergencia económica, el estado de conmoción interior y el estado de conmoción exterior; las cuales se regulan en los artículos 8 a 14 de la Ley Orgánica.

A. *El estado de alarma*

Conforme al artículo 338 de la Constitución y el artículo 8 de la Ley Orgánica puede decretarse el estado de alarma en todo o parte del territorio nacional cuando se produzcan catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación o de sus ciudadanos. La Ley Orgánica incluye también, como motivo, el peligro a la seguridad de las instituciones de la Nación (art. 8).

Dicho estado de excepción solo puede tener una duración de hasta treinta días, siendo prorrogable por treinta días más desde la fecha de su promulgación.

B. *El estado de emergencia económica*

El estado de emergencia económica puede decretarse en todo o parte del territorio nacional cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación (art. 338 C; art. 10 LO).

Su duración no puede ser mayor a sesenta días, prorrogables, sin embargo, por un plazo igual.

C. *El estado de conmoción interior*

También puede decretarse el estado de conmoción interior en caso de conflicto interno, que ponga seriamente en peligro la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos o de sus instituciones (art. 338 C; art. 13 LO).

De acuerdo con el artículo 13 de la Ley Orgánica, constituyen causas para declarar el estado de conmoción interior entre otras, todas aquellas circunstancias excepcionales que impliquen grandes perturbaciones del orden público interno y que signifiquen un notorio o inminente peligro para la estabilidad institucional, la convivencia ciudadana, la seguridad pública, el mantenimiento del orden libre y democrático, o cuando el funcionamiento de los Poderes Públicos esté interrumpido.

En este caso, la duración puede ser de hasta noventa días, siendo prorrogable hasta por noventa días más.

D. *El estado de conmoción exterior*

El estado de conmoción exterior puede decretarse en caso de conflicto externo, que ponga seriamente en peligro la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos o de sus instituciones (art. 338 C; 14 LO).

De acuerdo con el artículo 14 de la Ley Orgánica constituyen causas, entre otras, para declarar el estado de conmoción exterior todas aquellas situaciones que impliquen una amenaza a la Nación, la integridad del territorio o la soberanía.

El estado de conmoción exterior tampoco puede exceder de noventa días, siendo prorrogable hasta por noventa días más.

3. *El decreto de estado de excepción*

En las circunstancias excepcionales antes mencionadas, corresponde al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, decretar los estados de excepción. (art. 337).

Este decreto, como lo precisa el artículo 22 de la Ley Orgánica, tiene "rango y fuerza de Ley" y entra "en vigencia una vez dictado por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros", agregando la norma que "deberá ser publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela y difundido en el más breve plazo por todos los medios de comunicación social, si fuere posible."

Esta previsión legal, sin duda, es inconstitucional, pues no puede establecerse que un Decreto que tiene rango y fuerza de Ley pueda entrar en vigencia antes de su publicación, es decir, desde que se dicte por el Presidente de la República. Conforme al artículo 215 de la Constitución, la ley sólo queda promulgada al publicarse con el correspondiente "Cúmplase" en la *Gaceta Oficial*, disponiendo el Código Civil, en su artículo 1, que "la Ley es obligatoria *desde su publicación* en la Gaceta Oficial" o desde la fecha posterior que ella misma indique (art. 1).

En decreto de estado de excepción, por tanto, sólo puede entrar en vigencia desde su publicación en la *Gaceta Oficial*, no pudiendo entenderse este requisito publicación y vigencia, como una mera formalidad adicional de divulgación como parece derivarse del texto del artículo 22 de la Ley Orgánica.

Por otra parte, el decreto debe cumplir con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 339 C).

Conforme al artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el estado de excepción debe ser "proclamado oficialmente". Con base en ello sólo se puedan "adoptar disposiciones" que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de las situación, suspendan las obligaciones contraídas (por los Estados) en virtud de este Pacto. Las medidas, además, no pueden "ser incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social". En igual sentido se dispone en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por otra parte, el Pacto exige que todo Estado "que haga uso del derecho de suspensión" debe informar inmediatamente a todos los demás Estados Partes en el Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, "de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión". Igualmente, deben comunicar la fecha "en que haya dado por terminada tal suspensión" (art. 4,3). La Convención Americana establece una disposición similar de información a los Estados Partes en la Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de Estados Americanos (art. 27,3).

Por último, la Ley Orgánica dispone que el Presidente de la República puede solicitar a la Asamblea Nacional la prórroga del Decreto por un plazo igual, correspondiendo a la Asamblea la aprobación de dicha prórroga (art. 338). Este puede ser revocado por el Ejecutivo Nacional o por la Asamblea Nacional o por su Comisión Delegada, antes del término señalado, al cesar las causas que lo motivaron.

4. *Medidas que pueden adoptarse en virtud del decreto de estado de excepción*

A. *Régimen general*

Conforme al artículo 15 de la Ley Orgánica, el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, tiene las siguientes facultades:

> a) Dictar todas las medidas que estime convenientes en aquellas circunstancias que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos y ciudadanas o de sus instituciones, de conformidad con los artículos 337, 338 y 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
>
> b) Dictar medidas de orden social, económico, político o ecológico cuando resulten insuficientes las facultades de las cuales disponen ordinariamente los órganos del Poder Público para hacer frente a tales hecho.

Además, en particular, en el caso del decreto que declare el estado de emergencia económica, conforme al artículo 11 de la Ley Orgánica, en el mismo se pueden disponer "las medidas oportunas, destinadas a resolver satisfactoriamente la anormalidad o crisis e impedir la extensión de sus efectos".

Asimismo, en el caso del decreto que declare el estado de conmoción exterior, se pueden tomar "todas las medidas que se estimen convenientes, a fin de defender y asegurar los intereses, objetivos nacionales y la sobrevivencia de la República" (art. 14).

En todo caso, decretado el estado de excepción, el Presidente de la República puede delegar su ejecución, total o parcialmente, en los gobernadores, alcaldes, comandantes de guarnición o cualquier otra autoridad debidamente constituida, que el Ejecutivo Nacional designe (art. 16).

B. *La restricción de las garantías constitucionales*

Conforme se establece en el artículo 337 de la Constitución, en los casos en los cuales se decreten estados de excepción, el Presidente de la República en Consejo de Ministros también puede restringir temporalmente las garantías consagradas en la Constitución,

Salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles.

Este es el único supuesto establecido en la Constitución de 1999 conforme al cual el Presidente puede restringir las garantías constitucionales (art. 236, ord. 7), habiéndose eliminado toda posibilidad de "suspender" dichas garantías como lo autorizaba la Constitución de 1961 (art. 241). De ello deriva, además, que tampoco podrían restringirse los derechos constitucionales, sino sólo sus "garantías"[14].

Ahora bien, en relación con la restricción de garantías constitucionales con motivo de un decreto de estado de excepción, el artículo 6 de la Ley Orgánica dispone que

> *Artículo 6*. El decreto que declare los estados de excepción será dictado en caso de estricta necesidad para solventar la situación de anormalidad, ampliando las facultades del Ejecutivo Nacional, con la restricción temporal de las garantías constitucionales permitidas y la ejecución, seguimiento, supervisión e inspección de las medidas que se adopten conforme a derecho. El Presidente de la República, en Consejo de Ministros, podrá ratificar las medidas que no impliquen la restricción de una garantía o de un derecho constitucional. Dicho decreto será sometido a los controles que establece esta Ley.

Por otra parte, en relación con la enumeración de las garantías constitucionales de derechos que no pueden ser objeto de restricción, en forma alguna, conforme a lo antes mencionado artículo 337 de la Constitución (regulados en los artículos 43; 43, ord. 2; 46, ord.

---

14 Véase Allan R. Brewer-Carías, "Consideraciones sobre la suspensión o restricción de las garantías constitucionales", en *Revista de Derecho Público,* Nº 37, EJV, Caracas, 1989, pp. 5 y ss.

1; 49 y 58 de la Constitución), sin duda, debe considerarse que forman parte de "los demás derechos humanos intangibles" cuyas garantías tampoco pueden restringirse, los indicados como no restringibles en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 4), y en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 27), que son: la garantía de la igualdad y no discriminación; la garantía de no ser condenado a prisión por obligaciones contractuales; la garantía de la irretroactividad de la ley; el derecho a la personalidad; la libertad religiosa; la garantía de no ser sometido a esclavitud o servidumbre; la garantía de la integridad personal; el principio de legalidad; la protección de la familia; los derechos del niño; la garantía de la no privación arbitraria de la nacionalidad y el ejercicio de los derechos políticos al sufragio y el acceso a las funciones públicas[15].

Ahora bien, en relación con esta materia, el artículo 7 de la Ley Orgánica indica que:

> *Artículo 7*. No podrán ser restringidas, de conformidad con lo establecido en los artículos 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las garantías de los derechos a:
>
> 1. La vida.
> 2. El reconocimiento a la personalidad jurídica.
> 3. La protección de la familia.
> 4. La igualdad ante la ley.
> 5. La nacionalidad.
> 6. La libertad personal y la prohibición de práctica de desaparición forzada de personas.
> 7. La integridad personal física, psíquica y moral.
> 8. No ser sometido a esclavitud o servidumbre.
> 9. La libertad de pensamiento, conciencia y religión.
> 10. La legalidad y la irretroactividad de las leyes, especialmente de las leyes penales.
> 11. El debido proceso.
> 12. El amparo constitucional.
> 13. La participación, el sufragio y el acceso a la función pública.
> 14. La información.

Lamentablemente, en esta enumeración, la Ley Orgánica omitió la "prohibición de incomunicación o tortura" que establece el artículo 337 de la Constitución; la garantía a no ser condenado a prisión por obligaciones contractuales; y los derechos del niño que enumeran las Convenciones Internacionales mencionadas, que tienen rango constitucional (art. 23).

En todo caso, de las anteriores regulaciones relativas a la restricción de garantías constitucionales como consecuencia de un decreto de estado de excepción, debe destacarse lo siguiente:

---

15 Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999, cit.,* pp. 236 y 237.

En *primer lugar*, debe insistirse en el hecho de que se eliminó de la Constitución la posibilidad de que se pudiesen "suspender" las garantías constitucionales, como lo autorizaba el artículo 241, en concordancia con el artículo 190, ordinal 6 de la Constitución de 1961, y que dio origen a tantos abusos institucionales[16], quedando la potestad de excepción, a la sola posibilidad de "restringir" (art. 236, ord. 7) las garantías constitucionales.

En *segundo lugar*, la Constitución exige expresamente que el Decreto que declare el estado de excepción y restrinja garantías constitucionales, obligatoriamente debe "regular el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe" (art. 339). Es decir, no es posible que el decreto "restrinja" una garantía constitucional pura y simplemente, sino que es indispensable que en el mismo decreto se regule en concreto el ejercicio del derecho. Por ejemplo, si se restringe la libertad de tránsito, por ejemplo, en el mismo decreto de restricción, que tiene entonces que tener contenido normativo, debe especificarse en qué consiste la restricción, estableciendo, por ejemplo, la prohibición de circular a determinadas horas (toque de queda), o en determinados vehículos.[17]

Lamentablemente, sin embargo, en la Ley Orgánica no se desarrolló esta exigencia constitucional, quizás la más importante en materia de restricción de garantías constitucionales. Sólo regulándose normativamente su ejercicio, en el decreto que restrinja las garantías constitucionales, es que podría tener sentido la previsión del artículo 21 de la Ley Orgánica que dispone que:

> *Artículo 21*. El decreto que declare el estado de excepción suspende temporalmente, en las leyes vigentes, los artículos incompatibles con las medidas dictadas en dicho decreto.

Para que esta "suspensión" temporal de normas legales pueda ser posible, por supuesto, es necesario e indispensable que el decreto establezca la normativa sustitutiva correspondiente.

C. *La movilización*

Conforme al artículo 23 de la Ley Orgánica, decretado el estado de excepción, el Presidente de la República en su condición de Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional puede, además, ordenar la movilización de cualquier componente o de toda la Fuerza Armada Nacional, operación que debe regirse por las disposiciones que sobre ella establece la ley respectiva.

D. *La requisición*

Con motivo de la declaración de estado de excepción, conforme al artículo 24 de la Ley Orgánica, el Ejecutivo Nacional tiene la facultad de requisar los bienes muebles e inmuebles de propiedad particular que deban ser utilizados para restablecer la normalidad.[18]

---

16 Véase Allan R. Brewer-Carías, "Consideraciones sobre la suspensión o restricción de las garantías constitucionales", *cit.*, pp. 5 a 25; y Allan R. Brewer-Carías, *Derecho y acción de amparo, Instituciones Políticas y Constitucionales,* Tomo V, Caracas, 1997, pp. 11 a 44.

17 Véase las críticas a la suspensión no regulada de las garantías constitucionales con motivo de los sucesos de febrero de 1989, en Allan R. Brewer Carías, "Consideraciones sobre la suspensión…", *loc. cit,* p. 19 y ss., y en Allan R. Brewer Carías, en "Prólogo" el libro de Daniel Zovatto G., *Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina, cit.*, pp. 24 y ss.

18 Sobre la requisición véase Allan R. Brewer-Carías, "Adquisición de propiedad privada por parte del Estado en el Derecho Venezolano" en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974* y *Estudios de Derecho Administrativo,* Tomo VI, Caracas, 1979, pp. 24 y 33.

En estos supuestos, para que se ejecutase cualquier requisición, es indispensable la orden previa del Presidente de la República o de la autoridad competente designada, dada por escrito, en la cual se debe determinar la clase, cantidad de la prestación, debiendo expedirse una constancia inmediata de la misma.

En todo caso, terminado el estado de excepción, deben restituirse los bienes requisados a sus legítimos propietarios, en el estado en que es encuentren, sin perjuicio de la indemnización debida por el uso o goce de los mismos. En los casos que los bienes requisados no pudieren ser restituidos, o se trate de bienes fungibles o perecederos, la República debe pagar el valor total de dichos bienes, calculados con base en el precio que los mismos tenían en el momento de la requisición (art. 25 LO).

E. *Las medidas relativas a los artículos de primera necesidad y a los servicios públicos*

Por otra parte, una vez decretado el estado de excepción, también se puede limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad, tomar las medidas necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios y de los centros de producción (art. 19 LO).

Salvo que el decreto regule otra cosa, estas medidas deben adoptarse conforme a la Ley de Protección al Consumidor o al Usuario.

F. *Las medidas de orden presupuestarias en cuanto al gasto público*

Conforme al artículo 20 de la Ley Orgánica,

> Decretado el estado de excepción, el Ejecutivo puede hacer erogaciones con cargo al Tesoro Nacional que no estén incluidas en la Ley de Presupuesto y cualquier otra medida que se considere necesaria para regresar a la normalidad, con fundamento en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la presente Ley.

Se pretendió, en esta forma, establecer una excepción al principio constitucional del artículo 314 de la Constitución que, al contrario, prescribe terminantemente y sin posibilidad de excepción, que "No se hará ningún tipo de gastos que no haya sido previsto en la Ley de Presupuesto".

Esta excepción del artículo 20 de la Ley Orgánica, por tanto, sin duda, es inconstitucional, pues la Constitución no autoriza en forma alguna que puedan hacerse gastos o erogaciones no previstos en la Ley de Presupuesto, salvo mediante la utilización del mecanismo de "créditos adicionales" que autoriza al artículo 314 de la propia Constitución.

G. *Los efectos jurídicos de los estados de excepción respecto de los ciudadanos: la obligación de cooperar*

Como se ha señalado, el decreto de estado de excepción tiene rango y valor de ley, por lo que sus disposiciones, tienen el mismo valor vinculante de las leyes respecto de los ciudadanos.

Pero además, conforme al artículo 17 de la Ley Orgánica, toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, está obligada a cooperar con las autoridades competentes para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza, con la correspondiente indemnización de ser el caso.

El incumplimiento o la resistencia de esta obligación de cooperar conforme al artículo 18 de la Ley Orgánica, "será sancionado con arreglo a lo dispuesto en las respectivas leyes" pudiéndose así acudir al tipo delictivo de desacato a la autoridad, por ejemplo.

En todo caso, si esos actos fuesen cometidos por funcionarios, las autoridades pueden suspenderlos de inmediato en el ejercicio de sus cargos y deben notificar al superior jerárquico, a los efectos del oportuno expediente disciplinario. Cuando se trate de autoridades electas por voluntad popular, el artículo 18 sólo indica que "se procederá de acuerdo con lo contemplado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las leyes". Sin embargo, lo único en esta materia que regula la Constitución es el referendo revocatorio de mandato (art. 72).

5. *El control de los decretos de estados de excepción*

De acuerdo con el artículo 339, el decreto que declare el estado de excepción debe ser presentado, dentro de los 8 días siguientes de haberse dictado, a la Asamblea Nacional o a la Comisión Delegada para su consideración y aprobación, y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad (art. 336,6).

Este doble régimen general de control parlamentario y judicial, lo desarrolla la Ley Orgánica, estableciendo normas particulares en relación con el control por parte de la Asamblea Nacional, por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo y por parte de los jueces de amparo.

A. *El control por la Asamblea Nacional*

a. *El sometimiento del decreto a la Asamblea*

Como se ha dicho, el decreto que declare el estado de excepción debe ser remitido por el Presidente de la República a la Asamblea Nacional, dentro de los 8 días continuos siguientes a aquel en que haya sido dictado, para su consideración y aprobación.

En el mismo término, deben ser sometidos a la Asamblea Nacional los decretos mediante los cuales se solicite la prórroga del estado de excepción o aumento del número de garantías restringidas.

Si el Presidente de la República no diere cumplimiento al mandato establecido en el lapso previsto, la Asamblea Nacional se debe pronunciar de oficio (art. 26).

b. *La aprobación por la Asamblea*

El decreto que declare el estado de excepción, y la solicitud de prórroga o aumento del número de garantías restringidas, deben ser aprobados por la mayoría absoluta de los diputados presentes en sesión especial que se debe realizar sin previa convocatoria, dentro de las 48 horas de haberse hecho público el decreto (art. 27). El tema de la publicidad, de nuevo, tiene que vincularse a la publicación del decreto en la Gaceta Oficial.

Si por caso fortuito o fuerza mayor la Asamblea Nacional no se pronunciare dentro de los 8 días continuos siguientes a la recepción del decreto, éste se debe entender aprobado. Se establece así, un silencio parlamentario positivo con efectos aprobatorios tácitos.

Si el decreto que declare el estado de excepción, su prórroga o el aumento del número de garantías restringidas, se dicta durante el receso de la Asamblea Nacional, el Presidente de la República lo debe remitir a la Comisión Delegada, en el mismo término fijado en el artículo 26 de la Ley Orgánica. En este caso, conforme al artículo 29, la Comisión Delegada sólo puede considerar la aprobación del decreto que declare el estado de excepción, su prórroga, o el aumento del número de garantías restringidas, si por las circunstancias del caso le resulta imposible convocar una sesión ordinaria de la Asamblea Nacional, dentro de las 48 horas a que hace referencia el artículo 27 de la Ley Orgánica, o si a la misma no concurriere la mayoría absoluta de los diputados.

En todo caso, dice el artículo 30 de la Ley Orgánica, que el acuerdo dictado por la Asamblea Nacional "entra en vigencia inmediatamente, por lo que debe ser publicado en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela y difundido en el más breve plazo, por todos los medios de comunicación social, al día siguiente en que haya sido dictado, si fuere posible" (art. 30).

De nuevo encontramos aquí la incongruencia de que pueda considerarse que un acto parlamentario de aprobación de un decreto "con rango y fuerza de ley", pueda entrar en vigencia antes de su publicación en la *Gaceta Oficial*, lo cual es totalmente inadmisible.

B. *El control por el Tribunal Supremo de Justicia*

De acuerdo con el artículo 336,6 de la Constitución, compete a la Sala Constitucional "revisar en todo caso, aún de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente de la República". Se trata de un control de la constitucionalidad automático y obligatorio que la Sala, incluso, puede ejercer de oficio.

La Ley Orgánica desarrolla el ejercicio de este control, estableciendo diferentes regulaciones que deben destacarse.

a. *La remisión del decreto a la Sala Constitucional*

Conforme al artículo 31 de la Ley Orgánica, el decreto que declare el estado de excepción, su prórroga o el aumento del número de garantías restringidas, deben ser remitidos por el Presidente de la República dentro de los 8 días continuos siguientes a aquél en que haya sido dictado, a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a los fines de que ésta se pronuncie sobre su constitucionalidad. En el mismo término, el Presidente de la Asamblea Nacional debe enviar a la Sala Constitucional, el Acuerdo mediante el cual se apruebe el estado de excepción.

Si el Presidente de la República o el Presidente de la Asamblea Nacional, según el caso, no dieren cumplimiento al mandato establecido en el presente artículo en el lapso previsto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se pronunciará de oficio (art. 31). Por supuesto, estimamos que este no es el único supuesto en el cual la Sala Constitucional puede revisar de oficio el decreto, lo cual puede hacer desde que se dicte y se publique en la *Gaceta Oficial*, y no sólo al final del lapso indicado ni sólo si no se le remite oficialmente al decreto.

Debe destacarse que con la previsión de este sistema de control de constitucionalidad automático y obligatorio, una vez que el mismo se efectúa por la Sala Constitucional y ésta, por ejemplo, declara la constitucionalidad del decreto, no podría entonces ejercerse una acción popular de inconstitucionalidad contra el decreto, pues contrariaría la cosa juzgada constitucional.

Por otra parte, debe destacarse que el artículo 33 de la Ley Orgánica dispone que:

> *Artículo 33*. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia omitirá todo pronunciamiento, si la Asamblea Nacional o la Comisión Delegada desaprobare el decreto de estado de excepción o denegare su prórroga, declarando extinguida la instancia.

Esta norma, sin duda, también puede considerarse como inconstitucional pues establece una limitación al ejercicio de sus poderes de revisión por la Sala, no autorizada en la Constitución. La revisión, aún de oficio, del decreto de estado de excepción puede realizarse por la Sala Constitucional, independientemente de que la Asamblea Nacional haya negado su aprobación, máxime si el decreto, conforme a la Ley Orgánica al entrar en vigencia "en forma inmediata" incluso antes de su publicación, ha surtido efectos.

b. *Motivos de control*

La Sala Constitucional tiene competencia para revisar la constitucionalidad de los decretos de excepción, es decir, que en su emisión se hubieran cumplido los requisitos establecidos en la Constitución (constitucionalidad formal) y en la Ley Orgánica; y segundo, que el decreto no viole la normativa constitucional ni la establecida en la Ley Orgánica. Los motivos de inconstitucionalidad a ser considerados por la Sala, por otra parte, pueden ser alegados por interesados en la constitucionalidad, como se señala más adelante.

Es de destacar, en relación con estos motivos de inconstitucionalidad, por ejemplo, el incumplimiento por el decreto de estado de excepción que restrinja una garantía constitucional, de la exigencia de que el decreto debe "regular el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe" (art. 339); es decir, que tiene que tener contenido normativo en relación con las restricciones al ejercicio del derecho constitucional respectivo. Se trata, en definitiva, de una exigencia constitucional que busca suplir el principio de la reserva legal.

En efecto, como se ha dicho, el principio básico de la regulación constitucional de los derechos y libertades públicas en Venezuela, es decir, la verdadera "garantía" de esos derechos y libertades radica en la reserva establecida a favor del legislador para limitar o restringir dichos derechos. Sólo por ley pueden establecerse limitaciones a los derechos y libertades consagrados en la Constitución. Pero la propia Constitución admite la posibilidad de que las garantías constitucionales puedan ser restringidas en circunstancias excepcionales, por decisión del Presidente de la República en Consejo de Ministros, lo que implica que durante el tiempo de vigencia de estas restricciones, las garantías de los derechos y libertades podrían ser regulados por vía ejecutiva.

Por ello, la consecuencia fundamental del decreto de excepción que establezca la restricción de garantías constitucionales es la posibilidad que tiene el Poder Ejecutivo de regular el ejercicio del derecho, asumiendo competencias que normalmente corresponderían al Congreso. Si la esencia de la garantía constitucional es la reserva legal para su limitación y reglamentación; restringida la garantía constitucional, ello implica la restricción del monopolio del legislador para regular o limitar los derechos, y la consecuente ampliación de los poderes del Ejecutivo Nacional para regular y limitar, por vía de Decreto, dichas garantías constitucionales[19].

Por supuesto, tal como lo aclara la propia Constitución, la declaración del estado de excepción (y la eventual restricción) de garantías "no interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público" (art. 339); es decir, si bien amplía las competencias reguladoras del Poder Ejecutivo, no impide ni afecta las competencias legislativas ordinarias del Congreso.

c. *Procedimiento y la participación de interesados*

Conforme al artículo 32, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia debe decidir la revisión del decreto de estado de excepción en el lapso de 10 días continuos contados a partir de la comunicación del Presidente de la República o del Presidente de la Asamblea Nacional, o del vencimiento del lapso de 8 días continuos previsto en el artículo anterior.

Si la Sala Constitucional no se pronuncia en el lapso mencionado, conforme al artículo 32 de la Ley Orgánica, los Magistrados que la componen "incurren en responsabilidad disciplinaria, pudiendo ser removido de sus cargos de conformidad con lo establecido en el

19 *Cfr.* Allan R. Brewer-Carías, *Las garantías constitucionales de los derechos del hombre,* Caracas, 1976, pp. 33, 40 y 41.

artículo 265 de la Constitución". Este es el primer supuesto de "falta grave" para la remoción de los Magistrados del Tribunal Supremo que se regula en la legislación, por parte de la Asamblea Nacional.

En el curso del procedimiento, para cuyo desarrollo todos los días y horas se consideran hábiles (art. 39 LO), los interesados, durante los 5 primeros días del lapso para decidir que tiene la Sala Constitucional, pueden consignar los alegatos y elementos de convicción que sirvan para demostrar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad del decreto que declare el estado de excepción, acuerde su prórroga o aumente el número de garantías restringidas.

No precisa el artículo, sin embargo, quienes pueden ser considerados "interesados", por lo que debe entenderse que al tratarse de un juicio de inconstitucionalidad relativo a un decreto "con rango y valor de ley", debe dársele el mismo tratamiento que el establecido para la acción popular, es decir, que para ser interesado basta alegar un simple interés en la constitucionalidad.

En todo caso, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dentro de los 2 días siguientes debe admitir los alegatos y elementos de prueba que resulten pertinentes y desechar aquellos que no lo sean. Contra esta decisión, dispone la Ley Orgánica, "no se admitirá recurso alguno", lo cual es absolutamente superfluo, pues no existe recurso posible alguno en el ordenamiento jurídico constitucional, contra las decisiones de la Sala Constitucional.

d. *Decisión*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia debe decidir dentro de los 3 días continuos siguientes a aquel en que se haya pronunciado sobre la admisibilidad de los alegatos y las pruebas presentadas por los interesados (art. 36).

En su decisión, conforme al artículo 37 de la Ley Orgánica:

> *Artículo 37*. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declarará la nulidad total o parcial del decreto que declara el estado de excepción, acuerda su prórroga o aumenta el número de garantías restringidas, cuando no se cumpla con los principios de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tratados internacionales sobre derechos humanos y la presente Ley.

En relación con los efectos de la decisión de la Sala Constitucional en el tiempo, la ley orgánica expresamente prescribe los efectos *ex tunc*, disponiendo que:

> *Artículo 38*. La decisión de nulidad que recaiga sobre le decreto tendrá efectos retroactivos, debiendo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia restablecer inmediatamente la situación jurídica general infringida, mediante la anulación de todos los actos dictados en ejecución del decreto que declare el estado de excepción, su prórroga o aumento del número de garantías constitucionales restringidas, sin perjuicio del derecho de los particulares de solicitar el restablecimiento de su situación jurídica individual y de ejercer todas las acciones a que haya lugar. Esta decisión deberá ser publicada íntegramente en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela.

C. *El control por los demás tribunales*

De acuerdo con el artículo 27 de la Constitución, el ejercicio del derecho de amparo "no puede ser afectado en modo alguno por la declaratoria de estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales", derogándose en forma tácita el ordinal del artículo de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988

que restringía el ejercicio de la acción de amparo en las situaciones de restricción de Garantías Constitucionales[20]. Por ello, incluso, la propia Ley Orgánica enumera, entre las garantías no restringibles "el amparo constitucional" (art. 7, ord. 12).

En consecuencia, el artículo 40 de la Ley Orgánica dispone que:

> *Artículo 40*. Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de su competencia de amparo constitucional, están facultados para controlar la justificación y proporcionalidad de las medidas adoptadas con base al estado de excepción.

Esta norma, sin embargo, puede considerarse como inconvenientemente restrictiva, pues parecería que los jueces de amparo no podrían ejercer su potestad plena de protección frente a las violaciones de derechos y garantías constitucionales en estas situaciones de los estados de excepción, sino sólo en los aspectos señalados de justificación y proporcionalidad de las medidas que se adopten con motivo de los mismos.

III. LOS ACTOS EJECUTIVOS DICTADOS EN EJECUCIÓN DIRECTA E INMEDIATA DE LA CONSTITUCIÓN (ACTOS DE GOBIERNO)

1. *Los actos de gobierno*

Además de los decretos con rango y valor de ley que conforme a la Constitución, puede emitir el Presidente de la República, éste puede dictar otros actos de igual rango que la Ley, pero desvinculados de ésta por ser emanados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, los cuales en Venezuela se denominan "actos de gobierno"[21].

Estos actos de gobierno, que son dictados en el ejercicio de la función de gobierno, y que, por tanto, no son actos administrativos[22], emanan del Presidente de la República en ejercicio de atribuciones que la Constitución le asigna directamente. Por tal razón, el legislador no puede regular el ejercicio de la función de gobierno por parte del Poder Ejecutivo. No se trata, por tanto, de actos de carácter sublegal, sino de igual rango que la ley, aún cuando no tengan "valor" de ley por no tener poder derogatorio respecto de las mismas.

Sobre estos actos de gobierno, la antigua Corte Suprema de Justicia en Corte Plena, en sentencia de 11 de marzo de 19-03-93 señaló:

> Es ampliamente conocida en el ámbito constitucional la teoría del "acto de gobierno", "gubernativo" o "acto político", conforme a la cual, en su formulación clásica, el Presidente de la República como cabeza del Ejecutivo y Jefe de Estado (artículo 181 de la Constitución) ejerce, además de funciones propiamente administrativas, otras de contenido distinto, atinentes a la "oportunidad política" o actos que por su naturaleza, intrínsecamente ligada a la conducción y subsistencia del Estado, no son en la misma medida enjuiciables.
>
> Se institucionalizaba así, la figura intimidante de la "razón de Estado" como justificación a toda cuestión de la cual el Gobierno no tuviera que rendir debida cuenta.

---

20 Véase Allan R. Brewer-Carías, "El amparo a los derechos y la suspensión o restricción de garantías constitucionales", *El Nacional,* Caracas, 14-4-89, p. A-4.

21 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo,* Tomo I, Caracas, 1975, pp. 378 y 391.

22 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, pp. 26, 108 y 323 y ss.

Semejante construcción sustentada en la tesis de la llamada "soberanía suprema", cuyo nacimiento teórico ubican distintos autores en la época posterior a la caída del régimen napoleónico, pronto empezó a ser revisada con criterios cada vez más estrictos que llevaron a una categorización jurisprudencial de los actos de esa naturaleza excluidos del control jurisdiccional, también cada vez más reducida.

En Venezuela, la falta de una disposición expresa al respecto en el Texto Fundamental, ha sentado este Alto Tribunal, como nota identificadora de esa especie jurídica, aquellos actos que, en ejecución directa e inmediata de la Constitución, son de índole eminentemente política. (*Vid.* SPA del 21-11-88, Caso *Jorge Olavaria*).

Dentro de este contexto, concuerdan autores y jurisprudencia nacional y extranjera en mantener dentro de esa clasificación, entre otros, el indulto, los actos relativos a la conducción de las relaciones entre el Gobierno y países extranjeros…[23]

En el mismo sentido, la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 21-11-88 precisó la noción del acto de gobierno, como un acto ejecutivo dictado en ejecución directa de la Constitución y no de la ley ordinaria, distinguiéndolos así de los actos administrativos, en la forma siguiente:

> Permanecen todavía incólumes los principios sentados por la Corte –a los que se refieren los apoderados del Consejo, pero aplicándolos inexactamente al caso de autos-respecto de los "actos de gobierno", especie jurídica que, en razón de su *superior jerarquía, derivada del hecho de que son producidos en ejecución directa e inmediata de la Constitución y no de la ley ordinaria,* ha sido excluida hasta ahora, por la propia Corte, de la totalidad del control jurisdiccional de constitucionalidad, "en atención –como ella misma ha expresado- a que *por su propia esencia* son actos de *índole eminentemente política* o actos de gobierno, o de índole *discrecional*; situaciones en que no cabe aplicar a los motivos determinantes de la actuación el expresado control constitucional".
>
> Los principios jurisprudenciales alegados por los defensores de la actuación del Consejo en la Resolución recurrida, permanecen, en efecto, aún vigentes (a más de la comentada decisión del 29-04-65, en Corte Plena, véase la de 28-06-83: CENADICA, dictada en SPA); mas, no son aplicables al caso de autos como ellos lo pretenden, sino –insiste la Sala- sólo a las *actuaciones emanadas de la cúspide del Poder Ejecutivo en función de gobierno, es decir, a los denominados por la doctrina "actos de gobierno", emitidos justa y precisamente en ejecución directa e inmediata de la Constitución;* y no a los producidos, como los de autos, por una administración –la electoral en el caso- que ejecutó, de manera directa e inmediata, normas de rango inferior al de la Carta Magna, a saber: las de la Ley Orgánica del Sufragio. Así se declara.[24]

De acuerdo con esta categorización, entre los actos de gobierno que puede dictar el Presidente de la República, estarían por ejemplo, la concesión de indultos (art. 236, ord. 19); los actos relativos a la dirección de las relaciones exteriores de la República (art. 236, ord. 4); la adopción de decisiones como Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, como el fijar el contingente de las mismas y promover sus oficiales (art. 236, ords. 5 y 6); la convocatoria a la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias (art. 236, ord. 9) y la disolución de la Asamblea Nacional en caso de que se produzcan tres votos de censura contra el Vicepresidente (arts. 236,21 y 240).

---

23 Véase *Revista de Derecho Público*, Nº 53-54, Caracas, 1993, pp. 155 y ss.

24 Véase en *Revista de Derecho Público*, Nº 36, Caracas, 1988, pp. 62 y ss.

En esta forma, la noción del acto de gobierno en Venezuela ha sido delineada con base en un criterio estrictamente formal: se trata de los actos dictados por el Presidente de la República, en ejecución directa e inmediata de la Constitución, en ejercicio de la función de gobierno[25].

No se trata, por tanto, de actos administrativos que siempre son de rango sublegal, ni de actos en cuyo dictado el Presidente deba someterse a normas legislativas. Como actos dictados en ejercicio de atribuciones constitucionales por el Presidente de la República, el Poder Legislativo no puede regular la forma o manera de sus dictados, pues incurriría en una usurpación de funciones.

2. *El control constitucional de los actos de gobierno*

Los actos de gobierno, por tanto, si bien no son actos que estén sometidos a la ley en sentido formal, pues la función de gobierno no puede ser regulada por el legislador, por supuesto que son actos sometidos a la Constitución, en virtud de que son dictados por el Presidente de la República en ejercicio de competencias constitucionales. Como actos sometidos a la Constitución, también están sometidos al control de la constitucionalidad que ejerce el Tribunal Supremo de Justicia[26] en Sala Constitucional, la cual puede declarar su nulidad, por inconstitucionalidad, con carácter absoluto, es decir, con *erga omnes*.

A tal efecto, el artículo 334 de la Constitución establece que corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional como Jurisdicción Constitucional,

declarar la nulidad de los actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución o que tenga rango de ley, cuando colidan con aquella.

Por tanto, los actos de gobierno como actos de naturaleza política pueden ser objeto de control por la Jurisdicción Constitucional, y bastaría un solo ejemplo, para darse cuenta de la necesidad del control: el caso, por ejemplo, de la fijación del contingente de las Fuerzas Armadas Nacionales, por el Presidente de la República, estableciendo un cupo por razas, lo que violaría el artículo 21 de la Constitución, por lo que sería a todas luces inconstitucional y anulable. Entre los motivos de impugnación, de los actos de gobierno, por tanto y por supuesto, estaría la violación directa de la Constitución.

Debe señalarse, en todo caso, que en la sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia en Corte Plena de 29 de abril de 19-04-65, dictada con motivo de la impugnación de la Ley aprobatoria del Tratado de Extradición con los Estados Unidos, la Corte había sentado el criterio siguiente:

> En lo relativo a los actos que el Presidente de la República está facultado para realizar en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, un atento examen de las mismas conduce a la conclusión de que determinadas actuaciones presidenciales, en cualquiera de los dos caracteres de Jefe del Ejecutivo Nacional o Jefe del Estado venezolano asignados a aquél por el artículo 181 de la Constitución, están excluidos del control jurisdiccional de constitucionalidad en atención a que por su propia esencia son actos de índole discrecional; situaciones en que no cabe aplicar a los motivos determinantes de la actuación el expresado control constitucional.

---

25 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, pp. 26, 108 y 323 y ss. y *Derecho Administrativo,* Tomo I, *cit.*, pp. 391 y ss.

26 Véase Allan R. Brewer-Carías, "Comentarios sobre la doctrina del acto de gobierno, del acto político, del acto de Estado y de las cuestiones políticas como motivo de inmunidad jurisdiccional de los Estados en sus tribunales nacionales", *Revista de Derecho Público*, Nº 26, Caracas, 1986, pp. 65-68.

Entre tales actos encuéntrase según el artículo 190 de la Constitución Nacional los siguientes: Fijar el contingente de las Fuerzas Armadas Nacionales; convocar el Congreso a sesiones extraordinarias y reunir en Convención a algunos o a todos los Gobernadores de las entidades federales.

Con base en las excepciones que se han indicado en lo relativo al control jurisdiccional sobre la constitucionalidad intrínseca de los actos del Poder Público, puede sentarse la conclusión de que este control no ha sido establecido en forma rígida o absoluta, pues están, sustraídas a su dominio diversas situaciones tanto en el orden legislativo, como en el judicial y en el ejecutivo[27].

Esta decisión, como se ha dicho, ahora totalmente superada, originó la doctrina de supuestos actos excluidos de control aún cuando no en si mismos, sino en los aspectos de los mismos que pudieran ser controlados[28]. En todo caso, la interpretación doctrinal sobre la exclusión del control de constitucionalidad "intrínseca" de los actos de gobierno, que sólo podía referirse a los motivos del acto, como acto discrecional, pero no a los aspectos relativos a la competencia o a la forma, no fue acogida totalmente de inmediato, al punto que en una sentencia de 21 de noviembre de 19-11-88, la Sala Político- Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia al conocer de la impugnación de un acto del Consejo Supremo Electoral, afirmó al distinguirlo de los actos de gobierno, que en relación a éstos que:

> Permanecen todavía incólumes los principios sentados por la Corte –a los que se refieren los apoderados del Consejo, pero aplicándolos inexactamente al caso de autos-respecto de los "actos de gobierno", especie jurídica que, en razón de su superior jerarquía, derivada del hecho de que son producidos en ejecución directa e inmediata de la Constitución y no de la ley ordinaria, ha sido excluida hasta ahora, por la propia Corte, de la totalidad del control jurisdiccional de constitucionalidad, "en atención –como ella misma ha expresado- a que por su propia esencia son actos de índole eminentemente política o actos de gobierno, o de índole discrecional; situaciones en que no cabe aplicar a los motivos determinantes de la actuación el expresado control constitucional"[29].

La discusión sobre el control de constitucionalidad de los actos de gobierno, en todo caso, fue definitivamente cancelada por la antigua Corte Suprema de Justicia en Corte Plena en sentencia de 11 de marzo de 19-03-93 (caso *Gruber Odreman*), al decidir sobre la impugnación por inconstitucionalidad de los decretos de suspensión de garantía y su ejecución, de noviembre de 1992 dictados luego de la sublevación militar del día 27 de ese mes. La Corte entró directamente al tema preguntándose lo siguiente:

Ahora bien, ¿cabe dentro del marco constitucional venezolano sostener la no enjuiciabilidad de actuaciones de la Administración, de rango ejecutivo o legislativo, en razón de su contenido político?

Para llegar a una respuesta adecuada, se hace imperativo, en primer término, acudir a la construcción que sobre el tema ha hecho esta Corte a través de decisiones donde se pone

---

27 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo,* Tomo IV, Caracas, 1977, p. 83.

28 Véase Luis H. Farías Mata, "La doctrina de los actos excluidos en la jurisprudencia del Supremo Tribunal", en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Instituto de Derecho Público, UCV, Vol. I, (1968-1969), Caracas, 1971, pp. 329 a 331.

29 Véase en *Revista de Derecho Público*, Nº 36, Caracas, 1988, pp. 62 y ss.

en evidencia, una vez más, la nunca suficientemente entendida relación de causalidad existente entre el avance del sistema de control jurisdiccional sobre los actos del Poder Público y el desarrollo institucional democrático de un país.

En efecto, no es esta la primera ocasión que se presenta a la Corte de discernir sobre la teoría de los actos exentos de control pues, no pocas veces, ha ido su Sala Político-Administrativa extendiendo pausada pero invariablemente, su ámbito de control –como órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa- a toda la actividad del Poder Público; y así igualmente, en cuanto al control constitucional directo, este Alto Tribunal en Pleno ha traspasado barreras conceptuales antes defendidas por la preeminencia de un Estado todopoderoso, criterio hoy francamente superado[30].

Para fundamentar este criterio, la Corte acudió a su doctrina original sentada en 1962 sobre la universalidad del control de constitucionalidad y citando la sentencia de 15-03-62 (dictada con motivo de la acción de nulidad de la ley aprobatoria del contrato con el Banco de Venezuela, como auxiliar de tesorería) señaló:

> Tal amplitud de criterio, mantenida casi invariablemente por esta Suprema Corte, se ha puesto ya de manifiesto en actos conocidos como típicamente gubernativos, como es el caso, aunque en materia contencioso-administrativa y no constitucional, de la sentencia de fecha 31 de octubre de 1972 (Caso Manuel Elpidio Páez Almeida, SPA).
>
> Con arreglo a lo anterior, es indispensable para esta Corte que las actuaciones de la rama ejecutiva del Poder Público, a tenor del artículo 117 de la Constitución que consagra el principio de legalidad ("La Constitución y las leyes definen las atribuciones del Poder Público, y a ellas debe sujetarse su ejercicio"), están sujetas, por imperio de la Carta Fundamental, a la ley en su sentido más amplio y por ende, a revisión judicial: constitucional en aplicación del artículo 215, ordinal 6 *ejusdem* y contencioso administrativo, por previsión del artículo 206 *ibídem*.
>
> Luego, en Venezuela, el problema de los "actos de gobierno" no se contrae a una categoría jurídica revestida de inmunidad jurisdiccional, pues como se ha visto, existe frente a éstos la posibilidad de recurrirlos con base a una garantía constitucional. La cuestión se circunscribe entonces al mayor o menor grado de sujeción al cuerpo normativo, asunto atinente a la competencia reglada y al poder discrecional del funcionario que, en ejecución de la Ley Fundamental, dicta el acto[31].

En esta forma, la Corte identificó el problema del control de la constitucionalidad de los actos de gobierno, como un problema de control de actos discrecionales. Para ello, aplicó los principios que la misma Corte había venido estableciendo sobre el control de los actos administrativos discrecionales desde la década de los cincuenta[32]. Particularmente, se destaca en esa línea, la sentencia de la Sala Político-Administrativa (caso *Depositaria Judicial*) de 02 de noviembre de 19-11-82 en la cual, al admitir el control de los actos administrativos discrecionales en relación a la competencia, las formalidades y la finalidad, la Corte señaló que si bien no controla las razones de fondo, mérito de oportunidad y conveniencia, el Juez puede:

---

30 Véase en *Revista de Derecho Público*, Nº 53-54, Caracas, 1993, pp. 218 y ss.

31 *Idem.*

32 Véase Allan R. Brewer-Carías, "Los límites a los problemas discrecionales de las autoridades administrativas", *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, Nº 2, Caracas, 1965.

> Revisar la veracidad y la congruencia de los hechos que, a través de la motivación, el funcionario alega que ocurrieron, y con base en los cuales adoptó –apreciándolas según las circunstancias de oportunidad y de conveniencia que tuvo a la vista- la medida posteriormente recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa[33].

En todo caso, en la Constitución de 1999 quedó definitivamente establecido el control de constitucionalidad de los actos de gobierno, al atribuir a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, competencia para declarar la nulidad de los mismos cuando colida con la Constitución, cualquiera sea la forma de dicha violación constitucional (arts. 334 y 336,3 y 4).

IV. LOS REGLAMENTOS

La Constitución de 1999, utiliza la expresión acto administrativo en dos artículos: en primer lugar, en el artículo 259, al atribuir a los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa competencia para "anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho incluso por desviación de poder"; y en segundo lugar, en el artículo 266,5, al atribuir específicamente a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, que forman parte de esa Jurisdicción, competencia para "declarar la nulidad total o parcial de los reglamentos y demás actos administrativos generales o individuales del Ejecutivo Nacional, cuando sea procedente".

De estas normas surge claramente que, en Venezuela, los reglamentos son y siempre han sido considerados como actos administrativos[34], en el sentido de que son declaraciones de voluntad emanadas de órganos que ejercen el Poder Público, de carácter sublegal, para producir efectos jurídicos. La única peculiaridad que tienen es que los reglamentos son actos administrativos de efectos generales y, por tanto, de carácter normativo. Se distinguen, así, de los otros actos administrativos generales, de contenido no normativo, y de los actos administrativos de efectos particulares.

1. *Los reglamentos como actos administrativos de efectos generales*

La característica de los reglamentos como actos administrativos es, en primer lugar, que son actos dictados en ejecución mediata de la Constitución, e inmediata de la legislación; por ello, como todo acto administrativo, siempre son de carácter sublegal. En segundo lugar, se trata de actos administrativos, siempre son de efectos generales, es decir, de carácter normativo, y que, por tanto, integran o modifican el ordenamiento jurídico. El contenido de los reglamentos, por tanto, siempre es de carácter normativo, y se identifican por su generalidad, efectos *erga omnes* y por estar destinados a un número indeterminado e indeterminable de personas[35]. El reglamento, en esta forma, tal como lo definió la antigua Corte Suprema,

> "Es norma jurídica de carácter general dictado por la Administración Pública, para su aplicación a todos los sujetos de derecho y en todos los casos que caigan dentro de sus supuestos de hecho"[36].

---

33 Véase en *Revista de Derecho Público*, Nº 12, Caracas, 1982, pp. 124 y ss.

34 Véase por ejemplo Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo, op. cit.,* p. 119.

35 Véase sobre la distinción Allan R. Brewer-Carías, *El Control de la Constitucionalidad de los actos estadales, op.cit.,* pp. 8 y ss.

36 Véase sentencia de la CSJ en SPA de 27-05-68, en *GF*, Nº 60, 1968, pp. 115 a 118.

Pero como se dijo, el reglamento, aún cuando tiene contenido normativo e integra el ordenamiento jurídico, está siempre subordinado a la ley. Tal como lo ha señalado la antigua Corte Suprema de Justicia:

> Las disposiciones de los reglamentos que conforme a ella han de dictarse, tienen el carácter de normas secundarias respecto a las de la Ley, que son en este caso, las primarias. O sea, que cada reglamento es el complemento de la determinada Ley, cuya finalidad es facilitar la ejecución de ésta[37].

De lo anterior resulta, por otra parte, que no todo acto administrativo general es un reglamento, lo que permite distinguir entre "actos de efectos generales" como los reglamentos, y "actos generales"; es decir, entre actos normativos, por una parte, y por la otra, los actos generales no normativos[38]. Es decir, el reglamento, es siempre "de efectos generales", pero hay actos administrativos generales que aún cuando tienen como destinatarios a un grupo de personas, no son con carácter normativo, es decir, no son de efectos generales, sino particulares.

En otra sentencia, la antigua Corte Suprema de Justicia destacó la "generalidad e impersonalidad" como las características propias del reglamento señalado:

> El reglamento como todos los actos de efectos generales, va dirigido a un indeterminado número de personas, por lo cual se hace imposible nombrarlas a todas. En cambio, la Resolución impugnada va dirigida a cierto número de personas, perfectamente identificables, ya que ellas han celebrado un contrato previamente con el Ejecutivo Nacional, pues todas y cada una, son concesionarias de hidrocarburos. Por lo tanto, el contenido de la Resolución citada debe tomarse como un conjunto de decisiones individuales que se han condensado en un solo texto legal, en forma aparentemente colectiva, pero que en realidad no lo es, en virtud de la peculiaridad anteriormente anotada.
>
> La Ley y el Reglamento ejecutivo, no son, como parece creerlo la impugnante, la única fuente de los actos administrativos de efectos generales, ya que éstos pueden provenir, además, de disposiciones de otros órganos del poder público: nacionales, estadales, municipales y aun de entes autónomos y descentralizados.[39]

Ahora bien, la Constitución de 1999, conforme a la tradición constitucional precedente, atribuye al Presidente de la República la facultad de "reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón" (art. 236,10). De ello deriva que el Presidente de la República puede reglamentar las leyes, lo que no implica que tenga una potestad exclusiva para dictar actos administrativos de efectos generales, pues otros órganos del Estado, en ejercicio del Poder Público, pueden hacerlo.

En consecuencia, los actos administrativos de efectos generales, por ejemplo, pueden emanar de otros órganos de la Administración Pública como los Ministros, que son órganos directos del Presidente de la República, los cuales tienen potestad normativa en las materias que le asigna la ley.

Pero además, en el ámbito de la Administración Central, los órganos que en la misma han sido desconcentrados legalmente, con autonomía funcional, también ejercen la potestad normativa en los asuntos que la ley les ha atribuido. Es el caso, por ejemplo, de la Comisión Nacional de Valores.

---

37 Véase sentencia de la CSJ en SPA de 10-05-65, en *GF*, Nº 48, 1968, pp. 122 a 123.

38 Véase sentencia de la CSJ en SPA de 02-11-67 en *GF*, Nº 57, 1967, pp. 38 y 39.

39 Véase sentencia de la CSJ en SPA de 07-11-73, en *G.O.* Nº 1.643 Extraordinaria de 21-03-74, p. 13.

También, en el ámbito de la Administración Pública Descentralizada, las personas jurídicas de derecho público que la componen, tanto las estatales como las no estatales, tienen potestad reglamentaria conforme a la ley que las rige. En tal sentido, los Institutos Autónomos, por ejemplo, como personas de derecho público estatales; y los Colegios Profesionales, como personas jurídicas de derecho público no estatales, ejercen la potestad normativa en el ámbito de sus respectivas competencias, conforme a las leyes que los rigen[40].

Pero en el ordenamiento jurídico venezolano y a pesar de la definición de acto administrativo que trae el artículo 7 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, no sólo los órganos ejecutivos o, en general, los órganos que conforman la Administración Pública Central o Descentralizada, dictan actos administrativos normativos o reglamentarios, sino que también éstos pueden emanar de los demás órganos del Estado que ejercen otros Poderes Públicos distintos al ejecutivo, cuando ejercen la potestad normativa.

Es decir, en Venezuela los actos administrativos, incluidos los reglamentos, no se definen orgánicamente[41], por lo que no siempre son "actos ejecutivos" ya que también emanan de los otros órganos del Estado que ejercen el Poder Judicial, el Poder Legislativo, el Poder Electoral y el Poder Ciudadano[42]. Por ello, se consideran actos administrativos de efectos generales, los reglamentos que dicta el Tribunal Supremo de Justicia para su funcionamiento interno y en relación con el gobierno y administración del Poder Judicial que le corresponde (art. 6,10,1244,15, Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia la Corte Suprema de Justicia). También es el caso de los reglamentos o actos administrativos normativos dictados por el Consejo Nacional Electoral (art. 55,3, Ley Orgánica del Sufragio y Participación Ciudadana), por el Fiscal General de la República (art. 21,8, Ley Orgánica del Ministerio Público), o por el Contralor General de la República (art. 13,1, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República). Todos estos actos administrativos reglamentarios, por supuesto, son de rango sublegal y están sujetos, ante todo, a las leyes reguladoras de esos actos de los Poderes Públicos Nacionales.

Por último, por supuesto, en un Estado con forma federal, los Gobernadores de Estado los Alcaldes Municipales tienen en el respectivo ámbito de sus competencias potestad normativa, conforme a las Constituciones y leyes de los Estados y a las Ordenanzas Municipales, respectivamente, pudiendo dictar actos administrativos de efectos generales.

2. *El control de constitucionalidad y legalidad de los Reglamentos y demás actos administrativos de efectos generales*

Todos los reglamentos dictados por cualquier autoridad pública, e, incluso, en algunos casos por entidades privadas en ejercicio de autoridad, están sometidos al control de constitucionalidad y legalidad que ejercen los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En cuanto a los "reglamentos ejecutivos" dictados por el Presidente de la República, los mismos están sometidos, como todos los actos administrativos del Ejecutivo Nacional (Administración Pública Nacional Centralizada) al control de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (art. 266,5 C) que constituye la instancia de mayor grado en el ámbito de dicha jurisdicción.

---

40 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana,* Caracas, 1991, pp. 78 y ss.

41 Véase Allan R. Brewer-Carías, "El problema de la definición del acto administrativo" en *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez,* UCV, Tomo I, Caracas, 1984, pp. 25 a 78.

42 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Estado de Derecho y Control Judicial,* Madrid 1987, pp. 429 y ss; *Justicia Contencioso Administrativa. Instituciones Políticas y Constitucionales,* Tomo VII, Caracas, 1997, pp. 321 y ss.

Ese control judicial tiene por objeto verificar el sometimiento al derecho por parte los Reglamentos ya que, conforme lo ha dicho la antigua Corte Suprema:

> La actividad reglamentaria está… limitada y encauzada por la norma legal, y de ahí que toda disposición reglamentaria que viole la Constitución o las leyes es susceptible de anulación o de inaplicación en los casos concretos[43].

Además, en particular, respecto de los Reglamentos Ejecutivos, la Constitución exige en particular, que deben respetar el "espíritu, propósito y razón de la Ley", y "se altera el espíritu de la Ley cuando el acto reglamentario contiene excepciones o sanciones no previstas o disposiciones contrarias a los fines perseguidos por el legislador"[44].

Esta sujeción la precisó la antigua Corte Suprema en los siguientes términos:

> El decreto reglamentario o Reglamento Ejecutivo, tomado en su acepción estricta –que es el que interesa en este caso-, tiene como antecesor a la Ley, de la cual es derivación, efecto y corolario. Esta sienta el principio, aquél, prevé y desarrolla sus consecuencias, facilita su aplicación a los pormenores y determina las medidas necesarias para su aplicación. De ahí que cuando el reglamento ejecutivo se propasa y se ocupa de reparar las diferencias de la Ley, regula cuestiones no comprendidas en ella, o se aparta del espíritu, propósito y razón que lógicamente han debido guiar al Legislador en su elaboración, se está en presencia de una extralimitación de atribuciones, en el primer caso, y de una violación del texto constitucional en el segundo; y en uno y otro, de un reglamento ejecutivo viciado, en todo o en parte, de ilegalidad por violatorio de expresas normas de la Ley Fundamental[45].

Sin embargo, el hecho de que el Reglamento Ejecutivo esté sometido a la ley que ejecuta, no significa que la actividad reglamentaria se convierta en una mera ejecución mecánica de la Ley. En efecto, la propia antigua Corte Suprema de Justicia ha señalado en este sentido lo siguiente:

> Sin embargo, dentro de estas limitaciones se reconoce a los reglamentos un campo de acción relativamente amplio en cuanto tienden al desarrollo del texto legal, especialmente cuando la ley sólo consagra normas fundamentales. Se admite así, que por vía reglamentaria, puedan establecerse formalidades o requisitos no previstos en la ley pero necesarios para asegurar su cumplimiento, o definirse palabras usadas por el legislador y cuyo alcance conviene precisar a fin de evitar dudas. Pero en este último supuesto y, en general, cuando la administración interpreta el sentido de la ley por vía reglamentaria, insiste la doctrina en que ha de entenderse que la interpretación afirmativa es válida en cuanto esté conforme a la voluntad legislativa[46].

Sobre esto, la antigua Corte Suprema, fue aún más clara en otra parte de esa misma sentencia de 10 de mayo de 1965, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad de un reglamento de una Ley, indicando que:

> Considera la Corte que la mera circunstancia de que un Reglamento contemple alguna formalidad que no aparezca en la ley, no es razón suficiente para estimar alterada la relación de legalidad entre ambos estatutos. Lo contrario sería establecer que los Reglamentos deberían ser la reproducción fiel y exacta de la ley, y, por consiguiente, carentes de toda utilidad y objeto.

---

43 Véase sentencia de la CSJ en SPA de 10-05-65 en *GF*, Nº 48, 1965, pp. 122 y 123.

44 Véase sentencia de la CFC en CP de 04-06-52 en *GF*, Nº 11, 1962, p. 25.

45 Véase sentencia de la CFC en CP de 24-09-52 en *GF*, Nº 1, 1958, p. 151.

46 Véase sentencia de la CSJ en SPA de 10-05-65 en *GF*, Nº 48, 1965, pp. 122 y 123.

Por tanto, pues, si puede y debe el Reglamento desarrollar las normas de la ley mediante disposiciones acordes con ella, siempre que no contradigan su texto y su intención, e, incluso, establecer formalidades o requisitos no previstos en el texto legal pero indispensables para asegurar su cumplimiento, según el criterio doctrinal ya expuesto[47].

Pero la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, como órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, sólo tiene competencia para controlar la conformidad con el derecho de los reglamentos y demás actos administrativos de efectos generales que emanen del Ejecutivo Nacional, es decir, de la Administración Central compuesta, básicamente, por la Presidencia de la República y la organización ministerial[48].

En cambio, el conocimiento de los juicios de nulidad contra los reglamentos y demás actos administrativos de efectos generales emanados de los órganos desconcentrados de la Administración Central y de la Administración Pública Descentralizada, corresponde a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en primera instancia (art. 185,3 LOCSJ) y en segunda instancia, a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

En cuanto a los actos administrativos de efectos generales o reglamentos dictados por los órganos de los Estados y Municipios, la competencia para conocer de las acciones de nulidad contra los mismos por razones de ilegalidad o inconstitucionalidad corresponde a los Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo de las diversas circunscripciones judiciales, en primera instancia, correspondiendo la segunda instancia a la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo. (art. 181 LOCSJ).

V. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. *El problema de la definición del acto administrativo*

Por último, además de los Decretos con rango y valor de ley, de los actos de gobierno y de los Reglamentos, dentro de los actos ejecutivos por excelencia se encuentran los actos administrativos, es decir, las manifestaciones de voluntad de la Administración de carácter sublegal, destinadas a producir efectos jurídicos.

Ahora bien, en esta definición del acto administrativo, por supuesto, el elemento clave es la determinación de qué debe entenderse por “Administración” pues los actos administrativos en general, se dictan por todos los órganos estatales y en ejercicio de todas las funciones estatalestodas las funciones estatales. Por tanto, su individualización, a pesar de su carácter sublegal, no puede estar fundamentada en la sola utilización del criterio orgánico, del criterio formal o criterio material, sino, de la mezcla y combinación de ellos[49], pues de lo contrario quedarían fuera de caracterización, por ejemplo, los actos administrativos que dictan los funcionarios de los órganos legislativos o de los órganos judiciales.

Por ello, en nuestro ordenamiento constitucional no puede sostenerse que los actos administrativos sólo son aquellos que emanan de los órganos de la Administración Pública que ejerce el Poder Ejecutivo. Al contrario, como se dijo, los actos administrativos, pueden emanar de los órganos legislativos actuando en función administrativa[50], de los tribunales,

---

47 *Idem*, pp. 123 y 124.

48 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia,* Caracas, 2004, pp. 65 y ss.

49 Véase Allan R. Brewer-Carías, “El problema de la definición del acto administrativo”, en *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez, cit.,* Tomo I, pp. 31 a 38.

50 Véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 19-12-74, en *G.O.* Nº 1.741 Extraordinario de 21-05-75.

de los órganos que ejercen del Poder Electoral y del Poder Ciudadano, actuando en tanto en función normativa y de control, como en función administrativa[51]. Los actos administrativos, en esta forma, y contrariamente a lo que sucede con las leyes, los decretos leyes, los decretos de estados de excepción, los actos de gobierno y las sentencias judiciales, como se ha dicho, no están reservados a determinados órganos del Estado, sino que pueden ser dictados por todos ellos, y no sólo en ejercicio de la función administrativa.

Pero además, para definir los actos administrativos, no es aceptable la sola utilización del criterio formal, de actividad de carácter sublegal, pues los actos judiciales también tienen carácter sublegal; por último, tampoco es aceptable la utilización exclusiva de un criterio material, basado en la noción de función administrativa, pues quedarían excluidos del concepto, los actos administrativos cumplidos en ejercicio de la función normativa y de la función jurisdiccional por los órganos del Poder Ejecutivo, así como los actos administrativos dictados en ejercicio de la función normativa por los órganos jurisdiccionales.

Por ello es que hemos propuesto una definición del acto administrativo que combine diversos criterios, pues es la única forma de reconducir a la unidad, la heterogeneidad de los mismos. En esta forma debe considerarse como acto administrativo toda manifestación de voluntad de carácter sublegal (criterio formal) realizada por los órganos del Poder Ejecutivo, actuando en ejercicio de la función administrativa, de la función normativa, de la función de control y de la función jurisdiccional (criterio orgánico); por los órganos del Poder Ciudadano, actuando en ejercicio de la función de control, de la función administrativa y de la función normativa (criterio orgánico); por los órganos del Poder Electoral, actuando en ejercicio de la función administrativa, de la función normativa y de la función de control (criterio orgánico); por los órganos del Poder Legislativo, actuando en ejercicio de la función administrativa y de carácter sublegal (criterio material), y por los órganos del Poder Judicial actuando en ejercicio de la función administrativa, de la función de control sobre la administración de justicia y de la función normativa (criterio material), con el objeto de producir efectos jurídicos que pueden ser o la creación de una situación jurídica individual o general, o la aplicación a un sujeto de derecho de una situación jurídica general[52].

Considerando a los actos estatales dentro de una perspectiva general, entonces, quedarían fuera de la clasificación como actos administrativos, los actos cumplidos por los órganos del Poder Ejecutivo en función normativa con valor de Ley y los dictados en función de gobierno (actos de gobierno) y que, por tanto, son de rango legal; los actos cumplidos por los órganos del Poder Legislativo en función normativa (leyes), en función de gobierno (leyes, actos parlamentarios sin forma de ley), en función jurisdiccional (actos parlamentarios sin forma de ley) y en función administrativa y de control de rango legal (leyes y actos parlamentarios sin forma de ley); y los actos cumplidos por los órganos del Poder Judicial actuando en función jurisdiccional (sentencias, autos).

De lo anteriormente señalado, es claro, por tanto, que, en las definiciones tradicionales del acto administrativo, que lo precisan como toda "declaración de voluntad realizada por la Administración con el propósito de producir un efecto jurídico"[53], como señalamos ante-

---

51 Véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 26 de mayo de 1981, en *Revista de Derecho Público,* Nº 7, julio-septiembre 1981, EJV, Caracas, pp. 17 y ss.

52 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo,* Tomo I, *cit.,* pp. 393 y ss.

53 En términos generales este ha sido la definición que la Corte Suprema ha adoptado cuando ha necesitado definir el acto administrativo. En efecto, la antigua Corte Federal ha definido el acto administrativo individual como aquella "declaración de voluntad realizada por la administración con el propósito de producir un efecto jurídico y tendiente a crear una situación jurídico individualizada (V. sentencia de 3 de junio de 1959 en *GF*, Nº 24, 1959, p.

riormente, el problema se reduce a determinar qué debe entenderse por "administración". O dicho término se define un criterio orgánico, identificándolo con los órganos del Poder Ejecutivo (autoridades administrativas) o dicho término se define con un criterio material, identificándolo con el ejercicio de la función administrativa; o dicho término se define con criterios combinados, como lo hemos hecho anteriormente. En las dos primeras alternativas, quedaría fuera de la calificación de actos administrativos, diversos actos estatales que ni son judiciales, ni legislativos, ni de gobierno y que indudablemente tienen carácter administrativo. En la última alternativa, que hemos acogido, en cambio, así como todos los actos estatales encuentran su calificación, también todos los actos administrativos, sean cumplidos por la autoridad estatal que sea, encuentran su debido encuadramiento.

2. *El control judicial de los actos administrativos*

Ahora bien, no estando excluido el control jurisdiccional de inconstitucionalidad o legalidad ningún acto estatal[54], resulta imperativo que todos los actos administrativos pueden ser objeto de control contencioso-administrativo, resultando inadmisibles las definiciones de tales actos que provoquen exclusiones de control. Como lo ha dicho la antigua Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 10 de enero de 19-01-80, al referirse a las decisiones de las Comisiones Tripartitas.

> Resulta contrario a nuestro ordenamiento constitucional que los pronunciamientos de las Comisiones Tripartitas laborales son irreversibles en vía jurisdiccional. En efecto, en Venezuela existen tres vías para la impugnación de los actos estatales, la acción de nulidad por inconstitucionalidad contra los actos legislativos o de gobierno; el recurso de casación contra los actos jurisdiccionales; y el recurso contencioso-administrativo de anulación contra los actos administrativos. No podría el legislador, sin infringir el orden jurídico constitucional, establecer expresa o tácitamente una derogatoria a los principios que informan nuestro sistema de derecho, que someten la actividad de todas las ramas del Poder Público al control de su regularidad por parte del máximo Tribunal de la República, o de los demás órganos de la jurisdicción contencioso administrativa[55].

Con esta tesis del carácter comprensivo del control jurisdiccional sobre los actos estatales que hemos propugnado siempre[56], la Corte Suprema se apartó, sin duda, en materia de

---

206); o más propiamente, ha definido el acto administrativo, como aquellas manifestaciones de voluntad de la administración pública que afectan a la situación jurídico-administrativa personal o patrimonial de un Administrado, como son las que crean o definen una situación de derecho administrativo" (V. sentencia de 3 de diciembre de 1959, en *GF*, Nº 26, 1959, p. 142). Además, la Corte Suprema de Justicia ha repetido el mismo concepto al definir los actos administrativos individuales, como aquellas "declaraciones en virtud de las cuales la Administración tiende a crear, reconocer, modificar, o extinguir situaciones jurídicas subjetivas" (V. Sentencia de la Sala Político-Administrativo de 2 de junio de 1964 en *G.O.* Nº 27.474 de 25 de junio de 1964).

54 En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, por sentencia del 11 de mayo de 1981 estableció lo siguiente: "Ahora bien, sin entrar, por innecesario, en un análisis más profundo de la cuestión, parece evidente que, en nuestro medio, hoy en día tal tesis resulta definitivamente superada: primero, porque de acuerdo con la letra constitucional no puede discutirse que ningún acto administrativo está exento del control jurisdiccional, y, segundo, porque tampoco puede ponerse en duda en la concepción actual de nuestro derecho administrativo, que los recursos jurisdiccionales contra los actos administrativos sólo pueden versar en razones de ilegalidad del acto, y no del mérito u oportunismo de la actuación administrativa". Véase en *Revista de Derecho Público,* Nº 7, julio-septiembre 1981, EJV, pp. 157 y 158.

55 Véase la sentencia de 10-01-80, de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en *Revista de Derecho Público,* Nº 1, enero-marzo 1980, p. 130.

56 Véase, por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*, *cit.,* pp. 31, 32, 112, 113 y 114.

control de actos administrativos de la doctrina sentada en algunas sentencias de años anteriores, en las cuales había excluido del control contencioso-administrativo, por ejemplo, los actos administrativos emanados de los Inspectores del Trabajo[57], y los actos emanados de los Registros Públicos[58]. Por ello, para excluir o incluir actos administrativos en el ámbito de control contencioso-administrativo, la Corte Suprema tuvo que recurrir a identificar una noción de acto administrativo, que le permitiera definir el ámbito de sus poderes de control.

Precisamente por ello, ha sido posible que, los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, hayan considerado como actos administrativos sujetos a control contencioso administrativo, en primer lugar, actos emanados de una Asamblea Legislativa (órgano legislativo) (designación de funcionarios); en segundo lugar, los actos de las Comisiones Tripartitas laborales dictados en función jurisprudencial por órganos administrativos; en tercer lugar, ciertos actos dictados por los Tribunales en función administrativa; y en cuarto lugar, ciertos actos dictados por entidades privadas que cumplen funciones públicas[59].

En la actualidad, por tanto, todos los actos administrativos pueden ser sometidos a control de legalidad e inconstitucionalidad por parte de los tribunales contencioso-administrativos, incluso los actos administrativos emanados de entidades privadas no estatales en ejercicio de autoridad; y, por supuesto, conforme lo antes expuesto, no sólo los emanados de los órganos del Poder Ejecutivo, sino de los órganos de todos los otros Poderes del Estado.

Este control judicial de la conformidad con el derecho (inconstitucionalidad o ilegalidad) de los actos administrativos corresponde a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa de la cual forman parte, según la graduación de la competencia antes indicada, la Sala Político Administrativa y la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia; la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo y los Tribunales Superiores Contencioso-Administrativos.

Los motivos de impugnación de los actos administrativos, conforme al artículo 259 de la Constitución, que pueden dar lugar a su anulación, son el que sean "contrarios al derecho, incluso por desviación de poder", lo que abarca todos los motivos de ilegalidad de los mismos, tanto de fondo como de forma[60].

---

57 Véase por ejemplo, la Sentencia de 18-06-63, en *G.O.* Nº 871, Ext. de 26-08-63. Véanse los comentarios de Luis E. Farías Mata en "La doctrina de los actos excluidos en la jurisprudencia del Supremo Tribunal", en Instituto de Derecho Público, *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. I, 1968-1969, *cit.*, pp. 333 y ss.

58 Véase la Sentencia de la Sala Político-Administrativa de 13-03-67, en *GF,* Nº 55, 1968, pp. 107 y 116. Sobre esta materia véase Allan R. Brewer-Carías "La impugnación de los actos administrativos de registro ante la jurisdicción contencioso-administrativa" en *Libro a la Memoria de Joaquín Sánchez Covisa*, Caracas, 1975, pp. 440 y ss.

59 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Justicia Contencioso Administrativa, cit.,* pp. 352 y ss.

60 *Idem,* pp. 430 y ss.

§ 20. La actividad administrativa del Estado y su régimen jurídico

Para analizar el régimen jurídico de la actividad administrativa tenemos que comenzar por tratar de definir qué entendemos por tal actividad administrativa. Y a tal efecto, proponemos la siguiente: la actividad administrativa es toda actividad desarrollada por los órganos competentes de la Administración Pública o con autorización de la misma, de carácter sublegal, realizada en ejecución de las funciones del Estado para el cumplimiento de sus cometidos, y de cuyas consecuencias o efectos responden tanto los funcionarios como las personas jurídicas estatales a las cuales representan.

De esta definición, por supuesto, y a los efectos de poder establecer el régimen jurídico de dicha actividad, resulta indispensable precisar su contenido, particularmente en relación con las seis nociones básicas que hemos utilizado para conformarla, que son: la Administración Pública, la competencia, el carácter sub legal de la actividad, las funciones del Estado, los cometidos estatales y la responsabilidad. Por ello, a los efectos de esta exposición, este capítulo lo dividiremos en las seis partes necesarias para analizar, en primer lugar, qué ha de entenderse por Administración Pública; en segundo lugar, cómo ha de ser la competencia de sus órganos; en tercer lugar, qué ha de entenderse por el carácter sub legal de las actividades estatales; en cuarto lugar, qué ha de entenderse por funciones del Estado; en quinto lugar, cuáles son los cometidos del Estado; y en sexto lugar, qué implica la responsabilidad.

I. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA COMO EXPRESIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En primer lugar, hemos dicho, la actividad administrativa es una realización de la Administración Pública, lo que exige precisar qué debemos entender por tal concepto, sin duda, de sentido al menos ambivalente. En efecto la noción de Administración Pública puede referirse tanto a un conjunto de órganos como a una actividad estatal en sí misma; por lo que a los efectos de definir la actividad administrativa debemos, por supuesto, optar por el concepto orgánico, y entender por Administración Pública como un conjunto de órganos de las personas jurídicas estatales, es decir, de los sujetos de derecho que actualizan la voluntad del Estado.

En efecto, en el orden constitucional y legal interno venezolano, el Estado no es un sujeto de derecho; a pesar de que la misma Constitución utilice con gran frecuencia la palabra "Estado" para establecer, por ejemplo, obligaciones prestacionales concretas a cargo de los entes públicos en relación con los administrados. Dispone así la Constitución, por ejemplo, que "el Estado protegerá la familia…" (Art. 75); que "el Estado creará, ejercerá la rectoría y gestionará un sistema público nacional de salud…" (Art. 84); que "el Estado…asumirá [la educación] como función indeclinable…" (Art. 102); que "el Estado garantizará la atención integral de los deportistas…" (Art. 111); que "el Estado reconocerá la existencia de los pueblos indígenas… (Art. 119); o que "el Estado protegerá el ambiente…" (Art. 127).

Pero aún cuando en el texto constitucional se asignen dichas obligaciones al "Estado", el mismo, como tal y en el orden constitucional interno, no es sujeto de derechos y obligaciones pues no es una persona jurídica, sino que, en realidad, lo conforman un conjunto de personas jurídicas que podemos denominar como personas estatales. Es decir, si bien es

cierto que en el ámbito de la comunidad internacional la República de Venezuela, como "Estado", goza de personalidad jurídica internacional; en cambio, en el ámbito del derecho interno, el Estado no es un solo sujeto de derecho sino que como se dijo, está conformado por un conjunto de personas jurídicas que resultan del sistema constitucional que se ha establecido para la distribución territorial del Poder Público (personas jurídicas estatales).

En efecto, en la Constitución, cuando se regula el Poder Público como la potestad constitucional que habilita a las personas estatales para actuar como sujetos de derecho y que les permite imponer el interés público sobre el interés particular; establece un doble sistema de respecto de su separación: una distribución vertical del mismo en el territorio, y una división orgánica horizontal del mismo en cada nivel territorial. Por ello es que el artículo 136 de la Constitución establece que "el Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estadal y el Poder Nacional"; y además, que "el Poder Público Nacional", cuyo ejercicio es el que básicamente se regula la Constitución *nacional*, "se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral".

Lo primero que establece esta norma es la llamada *distribución vertical* del Poder Público, lo que da origen a un sistema de personas jurídicas estatales derivadas de la descentralización político-territorial que origina la forma federal del Estado, en tres niveles: nacional, estadal y municipal; y lo segundo que regula la disposición, es que en el nivel nacional se establece una penta *división horizontal* del Poder Público, lo que da origen a la separación orgánica de los Poderes del Estado, no sólo en los tres clásicos Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial siguiendo los criterios tradicionales del constitucionalismo moderno, sino agregando al Poder Ciudadano y al Poder Electoral. Estos últimos lo ejercen los órganos del Estado que con anterioridad se habían venido configurando como órganos constitucionales con autonomía funcional.

Estos dos sistemas de regulación del Poder Público, para su ejercicio, tienen implicaciones en la configuración de la Administración Pública como complejo orgánico; pero es la distribución territorial del mismo el que origina los diversos sujetos de derecho o personas jurídicas que configuran al Estado y dentro de cuyos órganos están los que constituyen la Administración Pública.

En efecto, siendo el Estado venezolano un "Estado federal descentralizado" en los términos formales establecidos en el articulo 4º de la Constitución, el mismo está básicamente conformado por el conjunto de personas jurídicas político-territoriales que son: la República, los Estados, los Municipios y las otras personas jurídicas estatales producto de la descentralización política y funcional. El Estado, por ello, se insiste, no es una persona jurídica en el ámbito interno, sino que en el sistema constitucional lo que existen son muchas personas jurídicas que actualizan su voluntad, que son las personas jurídicas estatales.

Por tanto, jurídicamente hablando, y esto tiene una repercusión básica en el derecho administrativo, en Venezuela no existe ni puede existir una sola Administración Pública como complejo orgánico, ni las Administraciones Públicas pueden, como tales, ser personas jurídicas. En realidad, cada una de las personas político-territoriales tiene su propia Administración Pública como conjunto orgánico, cuya actuación se imputa a la persona jurídico-estatal a la cual pertenece. En otras palabras, la Administración Pública, en realidad, es una organización que, por supuesto está conformada por un conjunto de órganos que, además, lo son de las personas jurídicas estatales, y que como tales órganos, sirven para manifestar o actualizar la voluntad de éstas y mediante ellas, la del Estado.

La Administración Pública, por tanto, como lo precisa la misma Ley Orgánica de la Administración Pública[1], está conformada tanto por órganos de las personas jurídicas estatales como unidades administrativas, como por algunas de dichas personas (las no territoriales), que la Ley denomina “entes”. Así lo indica el artículo 15 de dicha Ley Orgánica al disponer que “los órganos y entes de la Administración Pública se crean, modifican y suprimen por los titulares de la potestad organizativa”, conforme a lo establecido en la Constitución y la ley, de manera que:

Tendrá el carácter de ente toda organización administrativa descentralizada funcionalmente con personalidad jurídica propia distinta de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios.

Son órganos las unidades administrativas de la República, los estados, los distritos metropolitanos y entes públicos a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo.

Ahora bien, a los efectos de determinar qué comprende la Administración Pública como complejo orgánico de las personas jurídicas estatales, resulta indispensable ubicar estas personas dentro de las clasificaciones de las personas jurídicas que adopta la Constitución.

En efecto, la Constitución de 1999, a lo largo de su articulado, ha adoptado dos definiciones distintas en relación con las personas jurídicas: por una parte, la que distingue entre las personas jurídicas de derecho público y las personas jurídicas de derecho privado según la forma jurídica adoptada por el ente; y por la otra, la que distingue entre las personas estatales y las no estatales según su integración a la estructura y organización general del Estado. Estas dos clasificaciones contrastan, por supuesto, con la clásica clasificación entre “personas públicas y personas privadas”, la cual consideramos como totalmente abandonada en el campo del derecho administrativo[2].

En efecto, el artículo 145 de la Constitución al establecer una inhabilitación para los funcionarios públicos, de celebrar contratos con los entes públicos, al establecer la prohibición para quienes estén “al servicio de los Municipios, de los Estados, de la República y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales” de poder celebrar contrato alguno con ellas. De esta norma, lo que interesa destacar a los efectos de la noción de Administración Pública y en relación con las personas jurídicas estatales que pueden celebrar contratos públicos, es la doble distinción ya advertida que en ella se establece respecto de las personas jurídicas: por una parte, entre las personas jurídicas de derecho público y las personas jurídicas de derecho privado; y por la otra, entre las personas jurídicas estatales y las personas jurídicas no estatales La prohibición de contratar que se impone a los funcionarios públicos, por supuesto, es con las personas jurídicas estatales, cualquiera que sea su forma jurídica, de derecho público o de derecho privado; es decir, es una prohibición de contratar que se establece entre los funcionarios públicos y los órganos de la Administración Pública de dichas personas.

Estas distinciones se recogen, además, en otras normas constitucionales. En cuanto a la forma jurídica de las personas jurídicas, el artículo 322 de la Constitución, al señalar que la seguridad de la Nación es competencia esencial y responsabilidad del Estado, indica que

---

1 Véase *Gaceta Oficial* Nº 37.305 de 17-10-2001. Véase, además, en Allan R. Brewer-Carías, “Introducción General al régimen de la Administración Pública” en Allan R. Brewer-Carías y Rafael Chavero G., *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 5 y ss.

2 Véase lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías “La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido actual de la clasificación de los sujetos de derecho”, en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, Nº 12, Buenos Aires, 1977, pp. 15 a 29; en *Revista de la Facultad de Derecho*, UCV, Nº 57, Caracas, 1976, pp. 115 a 135; y en Fundamentos de la Administración Pública, Caracas, 1980, pp. 223 a 248.

aquélla se fundamenta en el desarrollo integral de la Nación y que su defensa es responsabilidad de los venezolanos y de las "personas naturales y jurídicas, tanto *de derecho público* como *de derecho privado*" que se encuentren en el espacio geográfico nacional. Por otra parte, en los artículos 159 y 168 se atribuye expresamente personalidad jurídica, a los Estados y Municipios como personas de derecho público territoriales; en los artículos 142 y 149,1 se regulan los "institutos autónomos" como personas jurídicas de derecho público institucionales, y en el artículo 318 se califica expresamente al Banco Central de Venezuela como "persona jurídica *de derecho público*".

En cuanto a la pertenencia de las personas jurídicas al Estado o al sector público, cuyos órganos forman la Administración Pública, el artículo 190, al regular las incompatibilidades de los diputados a la Asamblea Nacional, precisa, entre otros aspectos, que no pueden ser propietarios, administradores o directores de empresas "que contraten con personas jurídicas *estatales*". Por otra parte, el artículo 180, al regular la inmunidad tributaria de los entes o personas jurídicas político- territoriales (República, Estados y Municipios) entre sí, señala que las inmunidades frente a la potestad impositiva de los Municipios a favor de los demás entes político territoriales "se extiende sólo a las personas jurídicas *estatales* creados por ellos". Además, el artículo 289, al regular las atribuciones de la Contraloría General de la República, precisa la competencia de este órgano para realizar inspecciones y fiscalizaciones respecto de "las personas jurídicas del sector público".

De toda esta normativa constitucional derivan, por tanto, las dos clasificaciones señaladas respecto de las personas jurídicas: la primera, que distingue entre las personas jurídicas estadales, que forman parte de la organización general del Estado en sus tres niveles territoriales o, si se quiere del sector público; y las personas jurídicas no estatales, que no forman parte del Estado o del sector público; y la segunda, que distingue, según la forma jurídica que adoptan las personas jurídicas, entre las personas jurídicas de derecho público, como los institutos autónomos, y las personas jurídicas de derecho privado, como las sociedades anónimas del Estado, empresas del Estado, o "empresas públicas" conforme las denominan los artículos 189,1 y 184,4, respectivamente, de la Constitución. Estas últimas personas jurídicas, excluyendo las político-territoriales, surgen como consecuencia de la descentralización funcional, la cual conforme al artículo 29 de la Ley Orgánica de la Administración Pública da origen a entes de dos tipos:

> 1. *Entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho privado*: estarán conformados por las personas jurídicas constituidas y regidas de acuerdo a las normas del derecho privado en los términos de la presente Ley, y serán de dos tipos:
>
> a. Entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales: serán aquellos entes descentralizados funcionalmente que no realicen actividades de producción de bienes o servicios destinados a la venta y cuyos ingresos o recursos provengan fundamentalmente del presupuesto de la República, los estados, los distritos metropolitanos, o los municipios.
>
> b. Entes descentralizados funcionalmente con fines empresariales: serán aquellos cuya actividad principal sea la producción de bienes o servicios destinados a la venta y cuyos ingresos o recursos provengan fundamentalmente de esta actividad.
>
> 2. *Entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho público*: estarán conformados por aquellas personas jurídicas creadas y regidas por normas de derecho público y podrán perseguir fines empresariales o no empresariales, al igual que podrán tener atribuido el ejercicio de potestades públicas.

Lo anterior confirma, en todo caso, como ya se señaló, que la expresión genérica "Estado" comprende a todas las personas jurídicas que en el orden interno y en la organización

del Estado se consideran como parte del mismo, conforme a la descentralización política del Estado Federal en los tres niveles de distribución territorial del Poder Público: nacional, estadal y municipal; y conforme a la descentralización funcional que se produzca en cada uno de dichos niveles. Entre los órganos de esas personas jurídicas estatales, están, precisamente, los que conforman la Administración Pública.

Pero por supuesto, no todos los órganos de las personas estatales político territoriales constituyen la Administración Pública. La conformación de los órganos que la componen en esos casos está condicionada, a la vez, por el sistema de la división horizontal del Poder Público que se ha establecido en la Constitución, el cual puede considerarse que ha avanzado respecto de lo que son las líneas clásicas de la separación de poderes, pero sólo como separación orgánica y no como separación funcional.

En efecto, en cada complejo orgánico de las personas jurídicas estatales político-territoriales: nacional, estadal y municipal, el Poder Público tiene una distribución orgánica horizontal peculiar.

En el nivel nacional se distinguen cinco ramas del Poder Público: el Poder Legislativo Nacional, el Poder Ejecutivo Nacional, el Poder Judicial, el Poder Ciudadano y el Poder Electoral, correspondiendo su ejercicio a cinco complejos orgánicos diferenciados y separados. Estos son, respectivamente, la Asamblea Nacional; el Presidente, sus Ministros y el resto de los órganos del denominado "Ejecutivo Nacional"; el Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales de la República, así como la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y los otros órganos de gobierno y administración del Poder Judicial; el Ministerio Público o Fiscalía General de la República, la Contraloría General de la República y la Defensoría del Pueblo; y el Consejo Nacional Electoral, sus Comisiones y Juntas. Estos cinco conjuntos orgánicos se encuentran separados, son autónomos e independientes entre sí, y cada uno de ellos tiene sus competencias constitucionales y legales específicas.

La Administración Pública Nacional *Central*, como complejo orgánico, se encuentra ubicada en principio, en el denominado "Ejecutivo Nacional", que conforma los órganos estatales que ejercen el Poder Ejecutivo Nacional. Pero no sólo la Administración Pública Nacional está conformada por los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, pues a nivel nacional a partir de la Constitución de 1961, ya habían comenzado a encontrar encuadramiento constitucional diversos órganos estatales que se configuraban también como parte de la Administración Pública como complejo orgánico, pero que no dependían del Ejecutivo Nacional ni estaban subordinados a ninguno de los tres conjuntos orgánicos clásicos del Estado (Legislativo, Ejecutivo, Judicial). Se trataba de órganos constitucionales con autonomía funcional, que también eran órganos de la República como persona político-territorial nacional, y que eran: el Ministerio Público, también denominado Fiscalía General de la República; la Contraloría General de la República; el Consejo de la Judicatura; y el Consejo Supremo Electoral. Por supuesto, estos eran órganos que forman parte de la Administración Pública nacional regulados por el derecho administrativo, aun cuando no formaban parte del Ejecutivo Nacional ni de la Administración Pública Central, ni tuvieran personalidad jurídica propia.

Esta tendencia se ha consolidado en la Constitución de 1999, al establecerse la ya mencionada penta división del Poder Público, agregándose a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Poder Ciudadano y el Poder Electoral (Art. 136). Por ello, puede decirse que también conforman e integran la Administración Pública a nivel nacional, los órganos que ejercen el Poder Ciudadano, es decir, la Fiscalía General de la República o Ministerio Público, la Contraloría General de la República, y la Defensoría del Pueblo; así como los órganos que ejercen el Poder Electoral, como el Consejo Nacional Electoral. Igualmente, también puede considerarse que son órganos de la Administración Pública nacional, la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia.

Todos esos órganos conforman la Administración Pública nacional, aún cuando por supuesto, no la Administración Pública *Central* cuyos órganos son los que ejercen el Poder Ejecutivo Nacional.

Pero decíamos que la separación orgánica de poderes, en forma horizontal, no sólo se ha establecido en el nivel nacional, sino también en los niveles estadales y municipales. En los Estados de la Federación, en efecto, se distinguen básicamente dos complejos orgánicos que ejercen respectivamente, el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, conformados por los Consejos Legislativos de los Estados y por sus Gobernadores (Arts. 160 y 162), por lo que la Administración Pública Estadal está integrada, en principio, en las Gobernaciones de Estado. En los Estados, además, hay que indicar que la Constitución ha previsto la existencia de unos órganos con autonomía orgánica y funcional (Art. 163), que ejercen el Poder Estadal aún cuando la Constitución no los califique como tal Poder, que son las Contralorías estadales. Esos órganos de control, sin duda, también forman parte de la Administración Pública estadal, aún cuando por supuesto, no forman parte de la Administración Pública *Central* de los Estados la cual depende de las Gobernaciones estadales.

Por último, en el nivel municipal, la Constitución también ha establecido un sistema de separación orgánica de poderes, distinguiéndose dos complejos orgánicos que ejercen los Poderes Legislativo y Ejecutivo locales, conformados, respectivamente, por los Concejos Municipales, como órganos colegiados que ejercen la función legislativa a nivel local; y los Alcaldes, a quienes corresponden las actividades de gobierno y administración municipal (Arts. 174 y 175). A nivel municipal, por tanto, la Administración Pública *central* como complejo orgánico depende de los Alcaldes. Pero debe indicarse, que también en el nivel de los Municipios, la Constitución establece las Contralorías municipales, como órganos de control, vigilancia y fiscalización, que por ello gozan de autonomía funcional (Art. 176). Esos órganos de control también forman parte de la Administración Pública municipal, aún cuando por supuesto, no forman parte de la Administración Pública *Central* de los Municipios la cual depende de las Alcaldías.

De todo lo anterior resulta, por tanto, que conforme a los principios de la distribución vertical y de la división horizontal del Poder Público, en el sistema constitucional venezolano, Administración Pública está conformada por el complejo de órganos de las personas jurídicas estatales que ejercen el Poder Ejecutivo en los tres niveles territoriales (nacional, estadal y municipal), así como por los órganos que en el nivel nacional ejercen el Poder Ciudadano, el Poder Electoral y el Poder Judicial, en este último caso en lo que se refiere al gobierno y administración del mismo; y en los niveles estadales y municipales, por los que conforman sus Contralorías.

II. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA REALIZADA POR ÓRGANOS COMPETENTES CONFORME AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La actividad administrativa, hemos dicho, no sólo se ejerce por los órganos de las personas jurídicas estatales que conforman la Administración Pública, sino que también sólo puede ser tal la que se realice por los órganos competentes, ciñéndose a lo que se establece en la Constitución y en las leyes, es decir, al principio de la legalidad y conforme al procedimiento administrativo establecido[3].

[3] Véase la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en *Gaceta Oficial* Nº 2818 *Extraordinaria* de 1-7-81. Véase además, en Allan R. Brewer-Carías y otros, *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, 12 edición, Caracas, 2001, pp. 175 y ss. Véase además, Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Editorial Legis, Bogotá, 2003.

Las actuaciones realizadas por órganos incompetentes, o sin observancia del procedimiento legalmente prescrito, en definitiva, lo que constituyen son vías de hecho.

Este principio de legalidad que rige no sólo para la Administración Pública sino para todos los órganos del Estado, tiene su fundamento en el artículo 137 de la Constitución, que dispone:

> La Constitución y la Ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.

Esta norma recoge el principio del artículo 117 de la Constitución de 1961, pero con una nueva redacción en la cual no se habla de "atribuciones del Poder Público", lo cual era impropio ya que el Poder Público es una potestad constitucional y no un órgano; sino de "las atribuciones de *los órganos que ejercen* el Poder Público", cuyas actividades son las que deben sujetarse a la Constitución y a las leyes.

El principio de legalidad o de actuación en conformidad con el derecho, por tanto, implica que las actividades que realicen todos los órganos que ejercen el Poder Público y no sólo los que conforman la Administración Pública, deben someterse a la Constitución y a las leyes. La consecuencia de ello, en un Estado de derecho como el que organiza la Constitución de 1999, es que todas las actividades contrarias al derecho están sometidas al control tanto de la jurisdicción constitucional (art. 334) como de la jurisdicción contencioso administrativa (art. 259), cuyos tribunales pueden anularlos.

En relación con la Administración Pública, la Ley Orgánica de la Administración Pública expresa formalmente el principio vinculándolo a la competencia, para lo cual, además, precisa la jerarquía de las fuentes del derecho aplicable a la Administración, así:

> *Artículo 4º.* La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a las leyes y a los actos administrativos de carácter normativo, dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático a las personas.

Se destaca de esta norma, como se dijo, tanto la indicación formal de la jerarquía de las fuentes del derecho: 1) la Constitución, 2) las leyes y 3) los actos administrativos normativos; como la referencia al principio teleológico de la sumisión a la ley, cuyo fin es la garantía y protección de las libertades públicas propias del régimen democrático. Las fuentes del derecho, además, para ser tales, deben haberse dictado formal y previamente a la actividad que se regule, lo que implica la proscripción de la retroactividad de la ley.

El principio de la legalidad, además, en la Constitución se erige como un principio en el cual se fundamenta la Administración Pública, definiéndose como "el sometimiento pleno a la ley y al derecho" (art. 141), y además, destacándose como una de las misiones fundamentales de los órganos del Poder Ciudadano, el velar por "la aplicación del principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del Estado" (art. 274).

Adicionalmente, el artículo 8 de la Ley Orgánica recoge la previsión del artículo 7 de la Constitución, al precisar que "todos los funcionarios de la Administración Pública están en la obligación de cumplir y hacer cumplir la Constitución". Toda autoridad, por tanto, deriva y debe ejecutarse conforme a la Constitución.

La consecuencia de lo anterior es que los órganos de la Administración Pública para desarrollar las actividades administrativas tienen que tener competencia para ello, la cual por sobre todo requiere de texto expreso, siendo además de obligatorio cumplimiento y debiendo ser ejercida bajo las condiciones, límites y procedimientos establecidos legalmente. Además, la competencia, tal como lo precisa el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Ad-

ministración Pública, es irrenunciable, indelegable, improrrogable y no puede ser relajada por convención alguna, salvo los casos expresamente previstos en las leyes y demás actos normativos. Por tanto, toda actividad realizada por un órgano manifiestamente incompetente o usurpada por quien carece de autoridad pública es nula y sus efectos se deben tener por inexistentes (art. 26). Se recoge así, el principio establecido en el artículo 138 de la Constitución, conforme al cual "toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos".

En la realización de las actividades administrativas, por tanto, no puede haber competencias no reguladas expresamente en la Constitución o en la ley. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo, sin embargo, en algunas sentencias habría matizado este postulado, admitiendo que las competencias pueden derivar del principio del "paralelismo de las competencias", siempre que con el ejercicio de las mismas no se afecten derechos de las personas. En efecto, en sentencia No. 2612 de 11 de diciembre de 2001 (Caso: *Impugnación de la Constitución del Estado Portuguesa*), dicha Sala Constitucional al determinar sobre la validez del desistimiento de un recurso de nulidad de un artículo de la Constitución del Estado Portuguesa que había sido interpuesto por un Fiscal del ministerio Público, sin tener competencia expresa para desistir de recursos, hizo las siguientes consideraciones:

> [En] materia de derecho público rige el principio conforme al cual la competencia de los órganos debe estar prevista de manera explícita o expresa en un instrumento normativo, por ser una manifestación de las potestades públicas a éstos otorgadas, de modo que, acudir a la tesis de las competencias implícitas a fin de justificar el ejercicio de ciertas facultades que la ley no atribuye a los órganos públicos, constituye una excepción de interpretación restrictiva al principio de la legalidad, que incluso a veces, no ha contado con la aprobación de la mayoría doctrinaria.

Sin embargo, dijo la Sala:

> Conforme al principio conocido como el "paralelismo de las competencias", los órganos públicos estarán facultados en algunos casos para realizar determinadas actividades, sin que para ello requieran de una ley o norma que los habilite a tal fin, siempre y cuando no exista una norma que expresamente lo prohíba; con lo cual se busca resolver en el ámbito fáctico, los problemas que pudieran suscitarse cuando una norma atribuye competencia a un órgano para dictar un acto, pero no indica cuál es el órgano facultado para modificarlo o revocarlo, por ello, ha señalado la doctrina patria más autorizada, que en nuestro ordenamiento tal principio puede ser aplicado perfectamente, salvo que se trate de un acto de efectos particulares.

Por su parte, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia Nº 87 de 11 de febrero de 2004, también analizó la cuestión de la competencia de los entes públicos señalando que si bien "las potestades atribuidas al Estado y demás entes públicos, le son otorgadas en función de ser los entes encargados de tutelar los intereses públicos, lo cual le confiere la posibilidad de afectar a los terceros, mediante la constitución, modificación, o extinción de relaciones jurídicas o mediante la modificación de las cosas existentes", de lo que deriva "la importancia de que estas potestades estén atribuidas por Ley, como garantía para los administrados"; sin embargo, esta regla de la competencia, admitiría excepciones con base en la señalada tesis de las "potestades implícitas o inherentes", la cual, sin embargo:

> [Al] constituir una excepción a la regla de competencia, su aplicación debe ser muy restrictiva, no admitiendo una interpretación extensiva, ni siquiera analógica de la legalidad como atributiva de poderes a la Administración, ya que justamente, esta es excepcional por cuanto supone restricciones a la libertad individual. En efecto, lo contrario daría origen a que se crearan facultades que afecten derechos subjetivos de particulares, violándose así, el principio de legalidad de la competencia. Como con-

secuencia de ello, debe señalarse que en el ejercicio de las potestades implícitas, la Administración no podría desplegar actuaciones que afecten los derechos subjetivos de los particulares, por cuanto ello podría suceder sólo mediante norma atributiva de competencia.

Ahora bien, el principio general de que la competencia de todos los órganos del Estado para la realización de sus actividades tiene que derivar de texto constitucional o legal expreso; en lo que se refiere a la actividad administrativa, la misma básicamente puede y está básicamente en la ley, pues dicha actividad siempre es de carácter sublegal.

III. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA COMO ACTIVIDAD DE CARÁCTER SUBLEGAL CONFORME AL PRINCIPIO DE LA FORMACIÓN DEL DERECHO POR GRADOS

En efecto, desde el punto de vista formal, y conforme al principio de la formación del derecho por grados que como uno de sus principios fundamentales adopta la Constitución de 1999; todas las actuaciones del Estado derivan de la ejecución de la Constitución como norma suprema, en forma escalonada y sucesiva, configurándose entonces dos tipos de actividades estatales: aquéllas que derivan de la ejecución directa e inmediata de la Constitución; y aquellas que son de ejecución directa e inmediata de la Legislación y, por tanto, de ejecución indirecta y mediata de la Constitución.

En efecto, partiendo de la consideración de Constitución como norma suprema y como fundamento del ordenamiento jurídico, como lo declara incluso su artículo 7, hay actividades que realizan determinados órganos del Estado en cumplimiento de atribuciones establecidas directa y exclusivamente en la Constitución, sin que exista o pueda existir otro acto estatal de ejecución directa e inmediata de la Constitución, como las leyes, que las regulen y que se interponga entre la Constitución y la actividad. Por ejemplo, la actividad legislativa o la actividad de gobierno. Además, hay otras actividades de los órganos del Estado que se realizan en cumplimiento de atribuciones establecidas no sólo en la Constitución sino también en las leyes, donde por principio existe o puede y debe existir un cuerpo legislativo que las regule. Por ejemplo, la actividad judicial y, precisamente, la actividad administrativa.

Las primeras, es decir, las actividades realizadas en ejecución directa e inmediata de la Constitución, precisamente por ello, sólo están y pueden estar sometidas a lo que dispone el texto fundamental, no teniendo competencia el Legislador para regularlas mediante leyes; las segundas, en cambio, son actividades realizadas en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución , las cuales, precisamente por ello, además de estar sometidas al texto fundamental (como toda actividad estatal), están sometidas a las regulaciones establecidas, además de en la Constitución, en las leyes y en las otras fuentes del derecho.

Las primeras por otra parte, dada la ejecución directa e inmediata de la Constitución, sólo están sometidas al control de constitucionalidad a cargo de la Jurisdicción Constitucional que corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo (Arts. 334, 336,2 y 4); las segundas, en cambio, están sometidas al control de constitucionalidad y legalidad que corresponden a los otras Jurisdicciones del Poder Judicial, tanto a las ordinarias como sucede con las apelaciones y la Casación en lo que concierne a la actividad judicial; como a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y a la Jurisdicción Contencioso-Electoral (Arts. 259, 297) cuando se trata de actividades administrativas.

Las actividades administrativas, por tanto y por esencia, constituyen actividades estatales que se realizan siempre en ejecución directa e inmediata de la legislación y por tanto,

en ejecución indirecta y mediata de la Constitución; y precisamente por ello es se dice que esencialmente son de carácter sublegal, aún cuando en un momento dado aun no se haya dictado la legislación correspondiente que las regule en concreto.

Este principio fundamental del constitucionalismo venezolano[4], sin embargo, ha sido recientemente violentado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, por razones políticas circunstanciales, con el objeto de despojar a la Sala Electoral del mismo Tribunal Supremo de su competencia exclusiva para controlar la actividad administrativa desarrollada por el Consejo Supremo Electoral, en lo que se refiere a los actos administrativos dictados en relación con el proceso de referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República, realizado durante el año 2004.

En esta materia, en efecto, debe destacarse que el Magistrado Presidente del Tribunal Supremo y de su Sala Constitucional, actuando como Juez de Sustanciación de esta última, en sentencia Nº 94 de 2 de diciembre de 2003 (Caso: *Robert Osuna y otros vs. Consejo Nacional Electoral*), con razón había sido expreso y enfático en declarar la incompetencia de la Sala Constitucional para conocer de la impugnación de un acto administrativo del Consejo Nacional Electoral contenido en la Resolución N° 030925-465 de fecha 25 de septiembre de 2003, mediante la cual había dictado precisamente las "Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular", por considerar que el mismo era de naturaleza electoral, razón por la cual resultaba obligatorio para dicho Juzgado, "declarar la incompetencia de la Sala para conocer el presente asunto, todo de conformidad con el ordinal 2° del artículo 84, en concordancia con el ordinal 4° del artículo 124, ambos de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Así se declara[5].

La actividad administrativa del Consejo Nacional Electoral, por tanto, conforme a la Constitución, sólo puede estar sometida al control de la Sala Electoral del Tribunal Supremo, no teniendo competencia la Sala Constitucional para conocer de dichas materias. Pero este criterio sólo duraría pocos meses, hasta cuando la Sala Constitucional decidió avocarse al conocimiento de una causa que cursaba ante la Sala Electoral (Caso: *Julio Borges, César Pérez Vivas, Henry Ramos Allup, Jorge Sucre Castillo, Ramón José Medina Y Gerardo Blyde vs. Consejo Nacional Electoral*), iniciada con motivo de la impugnación de otra Resolución del Consejo Nacional Electoral, la Resolución Nº 040302-131 de 2 de marzo de 2004 mediante la cual dicho órgano informó sobre resultados preliminares de la verificación de las solicitudes y firmas en el procedimiento revocatorio iniciado en relación con el Presidente de la República, y de un Instructivo del mismo Consejo Nacional Electoral (*Instructivo sobre el tratamiento por el comité técnico superior de las firmas de caligrafía similar o renglones de planillas llenadas por la misma persona).*Los actos impugnados, sin duda, eran actos administrativos, uno de efectos externos y otro incluso, de efectos internos, de ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución, por lo que el único mecanismo del cual disponía la Sala Constitucional para arrebatarle a la Sala Electoral el expediente y su competencia, era avocándose al conocimiento de la causa, para lo cual tenía que construir su propia competencia.

Este avocamiento era jurídicamente imposible, pues la competencia exclusiva para controlar la constitucionalidad y legalidad de dichos actos administrativos de sango sublegal le correspondía a la Sala Electoral (Jurisdicción Contencioso Electoral); siendo la Sala Constitucional, como Jurisdicción Constitucional, competente sólo para controlar la constitucionalidad de los actos de rango legal, es decir, dictados en ejecución directa e inmediata

---

4 Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Evolución histórica del Estado, Tomo I, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996.

5 Exp. Nº AA50-T-2003-002900

de la Constitución, como por ejemplo, las leyes y demás actos con valor de ley; los actos parlamentarios sin forma de ley y los actos de gobierno. Los actos impugnados ante la Sala Electoral en el caso mencionado sin duda alguna no encajaban en dichas categorías, por lo que no teniendo competencia la Sala Constitucional para conocer de su nulidad, no tenía posibilidad alguna de avocarse al conocimiento de la causa.

Sin embargo, solo tres meses después de la sentencia antes mencionada dictada por el Magistrado Presidente de la Sala Constitucional cambiaría se opinión, y la Sala mediante una sentencia inicialmente anunciada en la página web del Tribunal Supremo el 31 de marzo de 2004[6], y luego publicada con el No. Nº 566 el 12 de abril de 2004, informaba que había decidido avocarse al conocimiento de la causa contencioso electoral antes indicada. Con ello, de un sólo plumazo, se pretendía destruir uno de los principios fundamentales del ordenamiento constitucional formal venezolano, como lo es el antes mencionado principio de la formación del derecho por grados partiendo de la Constitución, conforme a la llamada "pirámide de Kelsen".

La falaz argumentación construida por la Sala Constitucional para perpetrar este atentado contra el orden constitucional fue la siguiente: que el Consejo Nacional Electoral, al normar lo relativo a los referendos revocatorios en virtud de que aún no se había dictado una ley específica sobre la materia de referendos, habría "actuando en ejecución directa e inmediata del artículo 72 de la vigente Constitución" como consecuencia "del fallo del 25 de agosto de 2003 de la Sala Constitucional que designó el Poder Electoral"; por lo que el conocimiento de la nulidad de tal tipo de actos, correspondía entonces a la Sala Constitucional, siendo por tanto la Sala Electoral, incompetente *per se* para ello.

Tal fundamentación, sin duda, no era más que una construcción jurídica elaborada con el único objetivo de concluir el secuestro de la Sala Electoral del Tribunal Supremo, pues una Resolución del Consejo Nacional Electoral y un Instructivo dictado para un Comité Técnico dictado por un órgano subalterno de dicho Cuerpo, jamás podrían llegar a considerarse como actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución, es decir, de "rango legal". Dichos actos, en todo caso, eran actos de rango sublegal, es decir, actos administrativos dictados en ejecución de normas de rango legal como son las contenidas en la Ley Orgánica del Poder Electoral e, incluso, en ejecución tanto de la ley Orgánica del Sufragio y participación Política como de las Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular dictadas por el propio Consejo Nacional Electoral (cuya impugnación la Sala Constitucional había rechazado conocer). El carácter sublegal de dichos actos administrativos impugnados resultaba, incluso, de la propia "base legal" que había quedado plasmada en sus textos.

Pero para llegar a la absurda mutación de unos actos administrativos de rango sublegal dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución, en actos estatales de rango legal, supuestamente dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, la Sala Constitucional en la anunciada "sentencia"[7] Nº 566 de

---

6 La Sala Constitucional en un inusitado "Comunicado" difundido el 16-04-2004 "frente al uso político del derecho, ante la pretendida judicialización de la política, y ante las falsas, temerarias y tendenciosas declaraciones en los diversos medios de comunicación social" dadas por el Magistrado de la propia Sala, Pedro Rondón Haaz, señalaría que el proyecto de sentencia Nº 566 de 12-04-2004 habría sido aprobado el 31-04-2004. Esto fue nuevamente señalado en el texto de la sentencia Nº 628 de 23-04-2004 mediante la cual se declararon improcedentes las aclaratorias a la sentencia Nº 566 de 12-04-2004. Véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *La Sala Constitucional vs. El Estado democrático de derecho (El secuestro del Poder Electoral y de la sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política)*, Caracas, 2004. Los comentarios que siguen sobre el tema, tanto en el texto como en las notas, los hemos elaborado partiendo de lo expuesto en ese libro.

7 Así se anunció en la página web del Tribunal Supremo de Justicia, el 01-04-04. El Magistrado Rondón Haaz de la Sala Constitucional en su Voto Salvado a la sentencia Nº 566 de 12-04-2004 diría que "La nota de prensa que

12 de abril de 2004, fundamentó su competencia como Jurisdicción Constitucional para poder avocarse al conocimiento de la causa, en lo siguiente:

> 4) Que la Sala Constitucional, conforme a sentencia de 20 de diciembre de 2001 (caso: *Javier Elechiguerra*), ratificó su competencia para conocer de los recursos que se interpongan contra las leyes o actos de los poderes públicos que se dicten en ejecución directa de la Constitución.
>
> 5) Que el Poder Electoral al normar lo relativo a los referendos revocatorios, los cuales carecen de una ley que los regule, está actuando en ejecución directa e inmediata del artículo 72 de la vigente Constitución.
>
> 6) Que tal potestad del Poder Electoral es producto del fallo del 25 de agosto de 2003 de la Sala Constitucional que designó el Poder Electoral...
>
> 8) Que a pesar que las Salas se encuentran en igual plano jerárquico dentro del Tribunal Supremo de Justicia, dada la potestad de la Sala Constitucional, conforme lo prevén el artículo 266.1 Constitucional y el Título VIII sobre la protección a la Constitución, para garantizar la supremacía constitucional, ella tiene la competencia sobre las nulidades de los actos del Poder Electoral, a los cuales se les atribuye violación directa de normas constitucionales...
>
> 11) Que, en vista de no haber enviado la Sala Electoral a la Constitucional, los expedientes que se le solicitaron según oficio N° 04-0570, y constarle que dicha Sala Electoral conocía de causas para las cuales carecía de competencia, la Sala Constitucional decidió avocarse a conocer dichas causas, aunado a que constató un desorden procesal proveniente de que la Sala Electoral Accidental…

De esto resulta que la justificación por la Sala Constitucional de su supuesta competencia para poder avocarse al conocimiento del asunto fue el supuesto carácter de “actos de ejecución directa de la Constitución” de los dictados por el Consejo Nacional Electoral, y que eran objeto del juicio de nulidad ante la Sala Electoral. La Sala Constitucional para ello, se refirió a su competencia para conocer de los recursos de inconstitucionalidad que se interpusieran contra leyes o actos de los poderes públicos “que se dicten en ejecución directa de la Constitución o que tengan rango de ley”, reiterando el criterio establecido en sentencia Nº 2748 del 20 de diciembre de 2001 (Caso: *Fiscal General de la República (Javier Elechiguerra Naranjo)*, en la cual ya se había confundido el criterio para la calificación de dichos actos dictados en ejecución directa de la Constitución.

En efecto, en la sentencia Nº 566 de 12 de abril de 2004, la Sala citó parcialmente la referida sentencia Nº 2748 de 20 de diciembre de 2004, copiando el siguiente extracto donde señaló que el criterio se basaba en:

---

apareció en el sitio web del Tribunal el 31 de marzo de 2004 es violatoria del artículo 59 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y, por tanto, es inaceptable... la nota de prensa en cuestión informó sobre el contenido de la sentencia, antes de su publicación y, por tanto, de su existencia misma como actuación judicial, en evidente esguince evasivo del cumplimiento de la norma que se precito”. Dicho Voto Salvado, aun cuando no fue publicado junto con la sentencia, se incorporó al Voto Salvado presentado por el mismo Magistrado a la sentencia Nº 628 de 23-04-2004 que declaró improcedentes las aclaratorias respecto de la sentencia Nº 566. La sentencia, con el Nº 566, en todo caso, sólo sería publicada el día 12-04-04, coincidencialmente el mismo día en el cual la Sala Electoral, mediante sentencia Nº 37, decidiría el recurso de nulidad intentado contra de los actos del Consejo Nacional Electoral referidos a las llamadas solicitudes (del referendo revocatorio presidencial) con caligrafía similar, declarándolo con lugar, juicio cuyo conocimiento pretendía avocarse la Sala Constitucional.

> ... la forma de cómo un determinado acto jurídico se articula con las normas constitucionales, es decir si su ejecución obedece en primer término a una disposición legal que regula su práctica o si deriva directamente de una norma constitucional que no requiere de ley alguna que regule el ejercicio del derecho o de la atribución que fundamenta el acto. Es un hecho bastante generalizado que los derechos fundamentales y la normativa que se refiere a la creación de órganos de los poderes públicos y su habilitación, en la mayoría de las constituciones vigentes en distintos países, son considerados de aplicación inmediata y directa".

La Sala Constitucional, en dicha sentencia Nº 2748, con anterioridad al párrafo citado, había señalado que el hecho de que algunos actos estatales fueran dictados *en ejecución directa de normas constitucionales:*

> ... significa que la competencia para ejecutar dichos actos esté de tal manera, clara e indubitable, atribuida por la Constitución al órgano ejecutante que no requiera de una ley habilitante que regule su ejercicio y que, la misma Constitución no lo reserve (su ejercicio) a la creación de una ley por el Poder Legislativo[8].

En realidad, en dicha sentencia la Sala, en efecto, comenzaba a confundir dos principios constitucionales distintos: una cosa es el principio de la aplicación directa e inmediata de las normas constitucionales que en materia de derechos fundamentales o de competencia de los órganos del Poder Público, no requieren (pero no excluyen) la existencia previa de leyes para poder ser aplicadas (este es el criterio desarrollado en la sentencia); y otra cosa es el rango que tiene los diversos actos del Poder Público en ordenamiento jurídico en relación con la Constitución, en el sentido de que algunos son dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (rango legal) no siendo posible su regulación por ley, y otros lo son en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución pudiendo esencialmente ser regulados por la ley (rango sub legal).

En efecto, en su sentencia, para impropiamente atribuirse una competencia que no tiene, la Sala Constitucional confundió la noción de "actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución", con las "normas constitucionales de aplicación directa e inmediata". Se insiste, los primeros, los actos de "ejecución directa e inmediata de la Constitución" no sólo no requieren de ley alguna que los regule, sino que constitucionalmente no podría dictarse ley alguna que se interponga entre la norma constitucional y el acto estatal[9]. Por ello es que se dice que son actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, es decir, de rango legal conforme a la teoría de la formación escalonada del orden jurídico, que están sometidos al control de constitucionalidad por parte de la Sala Constitucional (Jurisdicción constitucional), ya que no son actos en cuya emisión el órgano respectivo pueda estar condicionado por la ley alguna.

Otra cosa son las normas constitucionales de "aplicación directa e inmediata" de la Constitución, que no requieren de ley alguna para su aplicación, pero que no excluyen su necesaria sanción. Los actos que se dicten para ejecutar estas normas son actos administrativos que por ser de rango sub legal están sometidos no sólo a la Constitución sino a la ley, y por eso es que su control corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa a la Jurisdicción contencioso electoral, en su caso.

---

8 Véase en *Revista de Derecho Público*, Nº 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 389-390.

9 En materia electoral, con razón, el Magistrado Rondón Haaz en su Voto Salvado a la sentencia señaló: "No cabe duda, según el tenor de las normas en cuestión, que la materia electoral debe ser regulada por ley -y no podría ser de otra forma, puesto que atañe al ejercicio de derechos constitucionales como a la participación y al sufragio-, de modo que no se trata de un materia que no requiera de ley alguna que regule el ejercicio del derecho o de la atribución que fundamenta el acto; todo lo contrario".

La Sala Constitucional, muy interesadamente confundió dichas nociones, y pretendió aplicar su competencia de control de constitucionalidad respecto de actos administrativos como los dictados por el Consejo Nacional Electoral, basándose en el argumento circunstancial de que (aún) "no se ha dictado una ley para regular ninguna de las modalidades "referendarias", con lo que ignoró de paso, por ejemplo, a la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política), llegando entonces a la absurda conclusión -que el Magistrado Rondón Haaz en su Voto Salvado calificó como un "dislate"- de que los actos dictados a tales efectos por el Consejo Nacional Electoral serían:

> [A]ctos en ejecución directa e inmediata de la Constitución, fundados en el artículo 72 y en la Disposición Transitoria Octava de la Carta Magna. La invocatoria de la Ley Orgánica del Poder Electoral y el mismo artículo 293 constitucional es a los solos efectos de fundamentar la competencia, pero no hay texto legal pre o post-constitucional que regule los procesos de referendos revocatorios de mandatos de cargos de elección popular".

La Sala Constitucional, luego de "justificar" de esa manera su supuesta competencia para conocer de la nulidad de los actos mencionados del Consejo Nacional Electoral, y de analizar las vicisitudes del caso en el cual la Sala Electoral ratificó su competencia en la materia y decidió avocarse al conocimiento de las causas, estableciendo para ello "criterios vinculantes[10].

Ahora bien, y dejando a salvo esta circunstancial y absurda "doctrina", toda actividad administrativa es, ante todo, desde el punto de vista formal, una actividad que siempre es de carácter sublegal, es decir, de ejecución directa e inmediata de la legislación (así las leyes reglamentarias correspondientes no se hayan dictado) y de ejecución indirecta y mediata de la Constitución. Por supuesto, también las actividades judiciales son siempre de carácter sublegal, siendo la diferencia entre una y otra de carácter orgánico, en el sentido que las actividades judiciales siempre las realizan órganos autónomos e independientes en ejecución de la función jurisdiccional, como lo son los órganos que ejercen el Poder Judicial.

Ahora bien, conforme a lo anteriormente expuesto, tanto desde el punto de vista formal como orgánico, las actividades administrativas pueden distinguirse de las otras actividades legislativas, de gobierno y judiciales.

En efecto, la actividad legislativa está conformada por los actos legislativos, que son las leyes (Arts. 187,1 y 203) y los actos parlamentarios sin forma de ley (actos privativos e *interna corporis*) (Art. 187). Las leyes, incluso, son formalmente definidas en la Constitución, como los actos sancionados por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador (Art. 203). También pueden considerarse como actos legislativos los decretos leyes o decretos con fuerza de ley, dictados por el Presidente de la República previa autorización por una ley habilitante (Arts. 203; 236, 8). Todos estos actos legislativos son actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución, incluso en los casos de los decretos ley; y su definición es tanto orgánica como formal: orgánica, pues se definen según el órgano que los dicta; y formal, por la graduación que tienen en el ordenamiento jurídico, de ser actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o de rango de ley.

---

10 Sobre la sentencia en el Voto Salvado del Magistrado Rondón Haaz, se destacan las "evidentes contradicciones de dicho fallo y las groseras incongruencias del mismo con los criterios conformantes de la jurisprudencia de la Sala, la divorcian y distancian abismalmente del propósito de uniformidad en la interpretación y aplicación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que preceptúa el artículo 335 *eiusdem*". Véase los comentarios en el libro antes citado: Allan R. Brewer-Carías, *La Sala Constitucional vs. El Estado democrático de derecho (El secuestro del Poder Electoral y de la sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política)*, Caracas, 2004, pp. 133 y ss.

Los actos del gobierno, por su parte, son los actos dictados por el Presidente de la República en ejercicio sólo de atribuciones constitucionales, y que por ello, no pueden estar regulados o limitados por la Asamblea Nacional mediante leyes. Es el caso, por ejemplo, del nombramiento del Vicepresidente Ejecutivo, de la concesión de indultos, de la convocatoria de la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias, y de la disolución de la Asamblea Nacional (Art. 236,3,9,19,21). Los actos de gobierno también son actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución, y su definición es tanto orgánica como formal: orgánica, pues se definen según el órgano que los dicta; y formal, por la graduación que tienen en el ordenamiento jurídico, de ser actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

Los actos judiciales y más propiamente, las sentencias, también se definen por el elemento orgánico y el formal: son actos que sólo pueden emanar de los Tribunales, y tienen unos efectos precisos de verdad legal definidos en el ordenamiento y derivados del valor de cosa juzgada. Se trata, siempre, de actos de carácter sublegal, es decir, dictados en ejecución directa e inmediata de la ley e indirecta y mediata de la Constitución.

En la definición de los actos legislativos, de gobierno y judiciales, por lo tanto, hay una identificación entre órgano y acto, además de criterios formales derivados de la formación del derecho por grados, y no necesariamente se definen según criterios materiales o derivados de la función que se ejerce al dictarlos. Por ejemplo, los actos legislativos pueden no tener contenido normativo; y pueden haberse dictado en ejercicio de funciones administrativas o de gobierno; y los actos de gobierno, pueden en cambio tener contenido normativo.

En cambio, en la definición de la actividad administrativa y, en particular, de los actos administrativos, los criterios anteriores no se pueden aplicar en forma lineal, pues estos no se pueden identificar ni orgánica ni funcionalmente: son dictados por los cinco grupos de órganos estatales que ejercen el Poder Público, y se pueden dictar en ejercicio de todas las funciones estatales. Así, tan acto administrativo es un reglamento dictado por cualquier órgano de la Administración Pública o por los Tribunales en ejercicio de la función normativa, como un acto de ejecución presupuestaria o de personal dictado por los órganos de la Administración Pública, los Tribunales o la Asamblea Nacional en ejercicio de la función administrativa; o un acto dictado por los órganos de la Administración Pública en ejercicio de la función jurisdiccional, al decidir una solicitud o un recurso administrativo.

La definición del acto administrativo, por tanto, en contraste con los otros actos estatales, requiere de una mezcla de criterios, dado el carácter heterogéneo de los mismos: Se emplea el criterio orgánico, al identificar como actos administrativos los actos emanados de la Administración Pública como complejo orgánico en ejercicio de las funciones normativa, jurisdiccional o administrativa del Estado. Se utiliza el criterio material, al identificar como actos administrativos los actos dictados por los Tribunales en ejercicio de las funciones administrativa y normativa, los actos dictados por la Asamblea Nacional en ejercicio de funciones administrativas, e incluso, los dictados por entidades privadas autorizadas por ley en ejercicio de funciones normativas y administrativas; y en todo caso, conforme al criterio formal, siempre que se trate de actos de carácter sublegal, es decir, dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución.

La actividad administrativa, en todo caso, al ser de carácter sublegal, como ya se ha dicho, está por sobre todo sometida al derecho y controlable jurisdiccionalmente. En efecto, conforme al sistema establecido en la Constitución todos los actos estatales están sometidos al derecho y todos son controlables jurisdiccionalmente por razones de constitucionalidad o de legalidad. Aquí está la esencia del principio de la legalidad y del Estado de derecho.

En Venezuela el sistema jurídico es de carácter universal y cerrado en materia de control jurisdiccional, en el sentido que ninguno de los actos estatales puede escapar al control del Tribunal Supremo de Justicia y de los demás Tribunales que controlan la constitucionalidad y la legalidad de los mismos. Así, los actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, es decir, las leyes, los actos parlamentarios sin forma de ley, los actos ejecutivos de rango y valor de ley, y los actos de gobierno están sometidos exclusivamente al control de la constitucionalidad que está a cargo de la Jurisdicción Constitucional que corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. En cuanto a las sentencias, estas están sometidas al control judicial ordinario de las apelaciones y, en materia de legalidad, al recurso de casación ante las Salas de Casación Civil, de Casación Social y de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia. Y en cuanto a los actos administrativos, estos están sometidos al control por parte de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo y de la Jurisdicción Contencioso Electoral, que corresponde a las Salas Político-Administrativa y Electoral del Tribunal Supremo de Justicia y a los otros tribunales que las conforman.

Lo importante a señalar sobre este control contencioso administrativo es que el mismo se realiza sobre *todos* los actos administrativos, pudiendo los tribunales competentes declarar su nulidad, así sean actos administrativos emanados no sólo de los órganos de la Administración Pública, sino de los órganos legislativos, de los tribunales, e incluso de entidades privadas.

IV. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DENTRO DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO

Ahora bien, como antes se ha indicado, las actividades del Estado se realizan en cumplimiento de determinadas funciones que le son esenciales y le dan incluso, razón de ser. En particular, los órganos que conforman la Administración Pública, por esencia, ejercen la función administrativa, que es una de las funciones del Estado, con visitas a gestionar el interés general que se le ha encomendado, entrando en relaciones jurídicas con los administrados y otros sujetos de derecho. Pero ello no significa que los órganos que conforman la Administración Pública sólo ejerzan esta función estatal ni que los demás órganos de las personas jurídicas estatales que no se integran en la Administración Pública, no puedan ejercer dicha función administrativa. Es decir, el ejercicio de la función administrativa no constituye un monopolio de la Administración Pública, ya que se ejerce por todos los órganos estatales. De ello resulta, por supuesto, que la separación de poderes no coincide con una inexistente separación de funciones.

En efecto, las funciones del Estado se configuran como aquellas tareas esenciales de las personas estatales, que le dan razón de ser al Estado mismo y que no pueden ejercerse sino en ejercicio de la potestad constitucional que se identifica con el Poder Público. Esas funciones se pueden clasificar en cinco: la producción de normas que integran el ordenamiento jurídico, que es la función normativa; la conducción política de la sociedad, que es la función de gobierno; la solución de conflictos sobre derechos e intereses entre partes, que es la función jurisdiccional; el control de las propias actividades administrativas y de las actividades particulares reguladas por el Estado, que es la función de control; y la gestión, en concreto, del interés público por el Estado como sujeto de derecho o por otros sujetos de derecho autorizados por el Estado, que se relacionan con los administrados, que es la función administrativa.

Estas cinco funciones estatales se ejercen, de acuerdo con nuestro sistema constitucional, por los cinco grupos de órganos separados horizontalmente y que ejercen el Poder Público, por lo que el ejercicio de las funciones estatales no es ni exclusivo ni excluyente de ningún órgano estatal, o si se quiere, de alguno de los cinco "poderes públicos".

Así, la Asamblea Nacional, los Consejos Legislativos estadales y los Concejos Municipales ejercen como función propia, la función normativa, que en este caso se configura como "función legislativa" (función normativa ejercida por el Legislador); pero ello ni es exclusivo de los órganos legislativos ni es excluyente: primero, porque la función normativa también se ejerce por los órganos ejecutivos, judiciales, de control (Poder Ciudadano) y electoral cuando desarrollan la potestad reglamentaria; y segundo, porque la propia Asamblea Nacional ejerce además, funciones administrativas, de gobierno y de control, cuando por ejemplo, administra su personal o su presupuesto, se reserva un sector de la economía o aprueba o autoriza una actuación ejecutiva, respectivamente.

Por su parte, en el nivel nacional, por ejemplo, los órganos del Ejecutivo Nacional ejercen la función de gobierno y, en general, la Administración Pública Central ejerce la función administrativa, pero ello tampoco es exclusivo de dichos órganos ni excluyente: Primero, en cuanto a la función administrativa, porque ésta también es función propia de los órganos que ejercen el Poder Ciudadano (Fiscalía General de la República, Contraloría General de la República, Defensoría del Pueblo) y el Poder Electoral; y además, se ejerce también por la Asamblea Nacional, como se ha dicho, y aun mediante leyes concretas; y por el Tribunal Supremo de Justicia, su Dirección Ejecutiva de la Magistratura y los tribunales cuando, por ejemplo, administran su personal y su presupuesto. Segundo, porque los propios órganos de la Administración Pública Central ejercen la función jurisdiccional, por ejemplo, cuando se trata de procedimientos administrativos en los cuales intervienen administrados con posiciones encontradas, o en caso de autorizaciones administrativas en las cuales se deban resolver conflictos entre partes interesadas, o cuando ello suceda al decidir recursos administrativos. Además, porque todos los órganos de la Administración Pública ejercen funciones normativas, al desarrollar la potestad reglamentaria; y funciones de control administrativo y contable.

El Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales tienen como función propia ejercer la función jurisdiccional, pero ello tampoco es exclusivo de los órganos del Poder Judicial ni excluyente: primero, porque, como se dijo, la función jurisdiccional también la ejercen los órganos de la Administración Pública Nacional Central; y segundo, porque también, como se dijo, el Tribunal Supremo de Justicia a través de su Dirección Ejecutiva de la Magistratura y los propios Tribunales ejercen funciones normativas y administrativas, cuando dictan cuerpos reglamentarios internos o administran su personal o presupuesto e, incluso, cuando realizan tareas de carácter disciplinario, de registro o de la llamada jurisdicción voluntaria.

Por último, los órganos del Poder Ciudadano, es decir, la Fiscalía General de la República, la Contraloría General de la República y el ejercen como función propia, la función de control; pero ello ni es exclusivo de los órganos de control ni es excluyente: primero, porque la función de control también se ejerce, esencialmente, por los órganos legislativos (control parlamentario), ejecutivos (control administrativo y financiero), y judiciales (control judicial); y segundo, porque los propia órganos del Poder Ciudadano ejercen además, funciones normativas y administrativas, integrando sus órganos a la Administración Pública del Estado.

Por tanto, en Venezuela, la división o separación de poderes no coincide con una pretendida separación de funciones, y al contrario, como se señaló, las funciones estatales se ejercen por todos los órganos estatales en ejercicio de todos los Poderes del Estado. En esta forma, el derecho administrativo no sólo regula a la Administración Pública como complejo orgánico, y, por supuesto, al ejercicio de todas las funciones del Estado (particularmente la función normativa y jurisdiccional) por dichos órganos; sino que también regula el ejercicio de la función administrativa, cuando se realiza por los órganos que ejercen el Poder Legislativo, el Poder Judicial, el Poder Ciudadano y el Poder Electoral, y el ejercicio de la función normativa y de control, de rango sub legal por dichos órganos.

V. LA FINALIDAD DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA, SUS FORMAS Y LAS RELACIONES JURÍDICAS, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ADMINISTRADOS

La Constitución de 1999 en forma expresa establece que "la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos" (art. 141); lo que reitera el artículo 3º de la Ley Orgánica de la Administración Pública, sustituyendo, sin embargo, la expresión ciudadanos por "particulares" y agregando que, en su actuación, la Administración Pública debe dar preferencia a la atención de los requerimientos de la población y a la satisfacción de sus necesidades (art. 5).

Por su parte, el artículo 3 de la Ley Orgánica señala que el "principal objetivo" de la organización y funcionamiento de la Administración Pública es dar eficacia a los principios, valores y normas consagrados en la Constitución y, en especial, conforme se indica en el artículo 19 de la Constitución, "garantizar a todas las personas, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos".

La Administración Pública, agrega el artículo 5 de la Ley Orgánica debe asegurar a los particulares la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella; además, debe tener entre sus objetivos, la continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas, de acuerdo con las políticas fijadas y teniendo en cuenta los recursos disponibles, determinando al respecto las prestaciones que proporcionan los servicios de la Administración Pública, sus contenidos y los correspondientes estándares de calidad.

La actividad administrativa, por tanto, por esencia incide en la esfera jurídica de los administrados. Por eso hemos dicho que el derecho administrativo, además de regular a la Administración Pública como complejo orgánico, el ejercicio de la función administrativa y la propia actividad administrativa del Estado regula también las relaciones entre las personas jurídicas estatales como sujetos de derecho actuando a través de los órganos de la Administración Pública, y los administrados, como consecuencia de la gestión del interés público que, en concreto, aquéllas tienen que asumir.

En estas relaciones está otro de los elementos claves del derecho administrativo contemporáneo: el necesario equilibrio, en un régimen democrático, que tiene que establecerse entre los poderes y prerrogativas de los órganos de la Administración Pública y los derechos de los particulares o administrados, lo cual plantea unas especiales exigencias en un régimen de derechos y garantías ciudadanas.

En esta forma, ante el elenco de derechos y garantías que declara la Constitución, corresponde a la legislación propia del derecho administrativo su regulación, actualización, limitación y protección concretas, y con ello la de las diversas formas de la actividad administrativa, que corresponden a las clásicas formas o cometidos de: policía, fomento, servicio público, control y gestión de los asuntos públicos.

La primera, la actividad de policía, quizás la más clásica de las actividades administrativas, siempre resulta en definitiva en una limitación a los derechos constitucionales; la segunda, la actividad de fomento, se manifiesta en la política el estímulo al desarrollo pleno de los mismos derechos ciudadanos, con particulares connotaciones en el ámbito económico; la tercera, la actividad de servicio público, en esencia es la obligación prestacional impuesta al Estado consecuencia directa de derechos ciudadanos previstos constitucional o legalmente; la cuarta, la actividad de control, corresponde a todas las acciones del Estado de control de la actuación tanto de los órganos de la Administración Pública como de los propios administrados en relación con sus actividades reguladas; y la quinta forma de la actividad administrativa, la de gestión del interés general, que puede manifestarse, entre otros, en el campo de la economía cuando el Estado gestiona incluso directamente actividades dentro del sistema de economía mixta establecido en la Constitución.

En esta forma, la actividad administrativa, materialmente hablando, no puede concebirse sin su incidencia directa en la esfera jurídica de los particulares, pues en definitiva, aquella se concreta en una regulación, limitación, estímulo, satisfacción, control o protección de los derechos y garantías constitucionales.

La materia administrativa, por tanto, está conformada por todas aquellas regulaciones que permiten al Estado actuar en concreto, realizando cometidos y prestaciones, y que a la vez se configuran como limitaciones a los derechos y garantías constitucionalmente permitidas, por lo que bien podría decirse que el derecho administrativo, materialmente hablando, es el derecho de las limitaciones y regulaciones al ejercicio de esos derechos.

VI. LA CONSECUENCIA DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA: LA RESPONSABILIDAD

La actividad administrativa, como resultado del ejercicio de competencias de los órganos de la Administración Pública legalmente establecidas en forma expresa y cuyo cumplimiento es generalmente de carácter obligatorio, como toda actividad en el mundo del derecho, puede producir daños a los administrados, tanto en el ejercicio lícito de sus poderes como por hecho ilícito. Si estos daños se producen, tanto los titulares de los órganos del Estado o de su Administración Pública (los funcionarios públicos) como las personas jurídicas estatales deben responder por los mismos,

En efecto, uno de los principios fundamentales que rige para todos los órganos del Estado, es decir, que ejercen el Poder Público, y por supuesto, para los que conforman la Administración Pública, es el regulado en el artículo 139 de la Constitución, que recoge otra norma tradicional de nuestro constitucionalismo, y es el principio de la responsabilidad individual de los titulares de dichos órganos, es decir, de los funcionarios públicos en el ejercicio del Poder Público. Dispone dicha norma que:

> El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la Ley.

Esta norma recoge el principio del artículo 121 de la Constitución de 1961, pero agregando a la "desviación de poder" dentro de los supuestos que generan responsabilidad del funcionario.

En consecuencia, la responsabilidad de los funcionarios cuando en ejercicio del Poder Público causen daños, puede originarse por abuso de poder, es decir, por el llamado vicio en la causa de los actos estatales (falso supuesto, por ejemplo); por desviación de poder, que es el vicio en la finalidad del acto estatal, al utilizarse el poder conferido para perseguir fines distintos a los establecidos en la norma atributiva de competencia; y en general, por violación de la Constitución o de la Ley, es decir, en general, por contrariedad al derecho.

La Constitución, por otra parte, y también siguiendo una larga tradición de nuestro constitucionalismo, reitera el principio de la responsabilidad de los funcionarios públicos pero, en particular, respecto de los actos que dicten, ordenen o ejecuten, que violen o menoscaben los derechos garantizados constitucionalmente; responsabilidad que puede ser civil, penal y administrativa, sin que pueda servirles de excusa órdenes superiores que reciba el funcionario. (art. 25). Este mismo principio lo repite el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, en relación con los funcionarios "de la Administración Pública".

En estos casos, conforme al artículos 10 de la Ley Orgánica, y sin perjuicio del derecho de acceso a la justicia establecido en la Constitución (art. 26) y la ley, los particulares cuyos derechos humanos hayan sido violados o menoscabados por un acto u orden de un funcionario público pueden, directamente o a través de su representante, acudir ante el Ministerio Público para que éste ejerza las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva "la

responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria" en que hubiere incurrido dicho funcionario. Igualmente, pueden acudir ante la Defensoría del Pueblo para que ésta inste al Ministerio Público a ejercer dichas acciones y, además, para que la Defensoría del Pueblo solicite ante el Consejo Moral Republicano que adopte las medidas a que hubiere lugar con respecto a tales funcionarios, de conformidad con la ley.

A los efectos, incluso, de la posibilidad de exigencia de responsabilidad, la Ley Orgánica establece el principio de rendición de cuentas, al disponer su artículo 11 que las autoridades y funcionarios de la Administración Pública deben "rendir cuentas de los cargos que desempeñen en los términos y condiciones que determine la ley".

Debe indicarse, por último, que la Constitución, además, ha sido reiterativa en el establecimiento de la responsabilidad individual de los jueces por los daños causados a los ciudadanos en el ejercicio de sus funciones, por ejemplo, por retardo o error judicial (Arts. 49,8 y 255).

Pero además de haber establecido la responsabilidad individual de los funcionarios, una de las innovaciones importantes de la Constitución de 1999 en materia de régimen general del ejercicio del Poder Público, es la previsión expresa del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, es decir, de las personas jurídicas estatales, básicamente las que resultan de la distribución vertical del Poder Público (Repúblicas, Estados y de Municipios); por los daños y perjuicios que causen los funcionarios en ejercicio de sus funciones.

En la Constitución de 1961, el principio de la responsabilidad del Estado se deducía de la previsión del artículo 47, que establecía que las personas no podían pretender que los entes estatales los indemnizaren sino por daños causados por "autoridades legítimas en ejercicio de su función pública"; y del artículo 206, que regulaba la jurisdicción contencioso administrativa (equivalente al artículo 259 de la Constitución de 1999), al atribuirle a los tribunales de dicha jurisdicción, competencia para dictar sentencias de condena "al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados n responsabilidad de la Administración".

En la nueva Constitución, sin embargo, se incluyó una norma expresa en la materia, con el siguiente texto:

> *Artículo 140*: El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública.

La expresión "funcionamiento de la Administración Pública" admite que la responsabilidad del Estado se origine cuando la lesión se derive tanto del funcionamiento normal como del funcionamiento anormal de la Administración Pública.

Se observa, ante todo, que conforme a este artículo, la responsabilidad es del "Estado", es decir, de las personas jurídicas estatales en particular, de la República, de los Estados y de los Municipios en sus respectivos niveles territoriales, por el funcionamiento de sus Administraciones Públicas. Ahora bien, en cuanto a la expresión "Administración Pública" utilizada en este artículo, en todo caso, debe interpretarse como se ha dicho, conforme se utiliza la expresión en el Título IV de la Constitución, donde está ubicada, abarcando no sólo la Administración Pública conformada por los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, en los tres niveles político territoriales, sino la conformada por los órganos que ejercen el Poder Ciudadano y el Poder Electoral, así como la Administración Pública que constituye la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia y las unidades administrativas de la Asamblea Nacional.

La redacción de la norma, sin embargo, no permite su aplicación a los casos de responsabilidad del Estado legislador, causada, por ejemplo, al sancionar una ley. En cuanto a la responsabilidad del Estado por actos judiciales o de los jueces, ésta, sin embargo, sí está regulada expresamente en los artículos 49,8 y 255 de la Constitución.

El principio de la responsabilidad patrimonial del Estado por la actividad de la Administración Pública, por otra parte, lo reitera el artículo 14 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, aún cuando en forma impropia, al disponer que la responsabilidad patrimonial sería de la "Administración Pública", cuando esta como se ha señalado, no es un sujeto de derecho o persona jurídica. La norma, en efecto, señala:

> La Administración Pública será responsable ante los particulares por la gestión de sus respectivos órganos, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los funcionarios por su actuación.
>
> La Administración Pública responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares, siempre que la lesión sea imputable a su funcionamiento.

La "Administración Pública", en efecto, no puede ser responsable pues no es un sujeto de derecho. En la norma, sin duda, se ha utilizado la expresión como equivalente a las personas jurídicas estatales cuyos órganos administrativos (Administración Pública) han causado el daño, de manera que la responsabilidad es propiamente de las personas jurídicas estatales político-territoriales, (República, Estado, Municipios, Distritos Metropolitana), o descentralizadas (p.e., institutos autónomos) que la Constitución comprende en la expresión "Estado".

VII. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Ahora bien, esta actividad administrativa, como hemos dicho, desarrollada por los órganos competentes de la Administración Pública o con autorización de la misma, de carácter sublegal, realizada en ejecución de las funciones del Estado para el cumplimiento de sus cometidos, y de cuyas consecuencias o efectos responden tanto los funcionarios como las personas jurídicas estatales a las cuales representan, constituye uno de los objetos fundamentales del derecho administrativo. El régimen jurídico de la misma se refiere, por tanto, a la Administración Pública como complejo orgánico; a la competencia de sus órganos; al ejercicio de la función administrativa; a los cometidos estatales y a la responsabilidad de los funcionarios y del Estado. Dicho régimen configurado en torno a los elementos de la definición de la actividad administrativa que hemos analizado, en consecuencia, es básicamente un régimen de derecho administrativo, tanto formal, en lo que se refiere por ejemplo a los procedimientos administrativos para la formación de la voluntad de los órganos de las personas estatales; como material, en relación con la regulación del cometido específico del Estado respecto de cuya consecución se realiza.

Sin embargo, no debe dejar de señalarse que no todo el derecho que regula a los órganos de la Administración Pública o a las actividades administrativas, es derecho administrativo. En el mundo del derecho no existen sujetos de derecho o actividades respecto de los cuales pueda decirse que exclusivamente se rigen por una sola rama del derecho. Así como no se puede decir que las sociedades anónimas sean sujetos de derecho que sólo se regulan por el Código de Comercio, pues también están sometidas al Código Civil, al Código Penal y a todas las leyes de derecho administrativo que por ejemplo regulan diversos sectores de la economía (bancos, seguros, etc.); en igual sentido, los órganos de la Administración Pública, además de estar sometidos al derecho administrativo, también están sometidos al derecho civil y al derecho mercantil, por ejemplo.

A los sujetos órganos de la Administración Pública, por tanto, si bien regidos por el derecho administrativo, sin embargo, en una forma u otra siempre se les interaplica de ma-

nera variable, tanto un régimen de derecho público como de derecho privado[11]. El derecho administrativo, por supuesto, tiene siempre una preponderancia en este régimen, pero el mismo no comprende la totalidad de las normas que se aplican a los órganos de la Administración Pública del Estado ni a la actividad administrativa del mismo. De allí que las clásicas ecuaciones del derecho administrativo de principios de siglo pasado, que por lo demás fueron útiles en el proceso de autonomización de nuestra disciplina: *personas públicas-Administración Pública-actividad administrativa-derecho público-actos administrativos-contratos administrativos-responsabilidad administrativa-* y *personas privadas-administración privada-actividad privada- derecho privado-actos privados-contratos privados-responsabilidad civil-*, puede decirse que quedaron en la historia bibliográfica del derecho administrativo. El derecho administrativo no pierde su autonomía cuando a la Administración Pública y a la actividad administrativa se le aplican normas de derecho privado, ni los órganos del Estado dejan de serlo, cuando para determinadas actuaciones deban regirse además de por el derecho público, por normas del derecho privado; así mismo, los particulares y en general, las personas jurídicas no estatales, no dejan de serlo cuando en ciertas de sus su actividades cotidianas se encuentras sometidos al derecho administrativo, incluso en algunos casos con preponderancia del derecho civil. El derecho, en definitiva, es uno sólo y se aplica a todos los sujetos de derecho en todas sus ramas, las cuales tendrán preponderancia según cual sea la finalidad de la actividad que estos realizan.

11 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del Derecho Administrativo" en *Las formas de la actividad administrativa. II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, Caracas, 1996,* Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 1996, pp. 23 a 73.

§21. El principio de legalidad y los límites a la discrecionalidad administrativa

I. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de la legalidad, según el cual toda actuación de los órganos del Estado debe desarrollarse de conformidad con el derecho, como se ha visto, es la construcción jurídica más importante del Estado de derecho. De allí que incluso, el articulo 137 de la Constitución, disponga expresamente que ésta y "las leyes definen las atribuciones de los órganos del Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen".

Pero legalidad, en el sentido etimológico de la palabra, es lo que está conforme con la ley, por lo que esta expresión, de acuerdo al sentido de la norma constitucional, debe ser entendida en sentido amplio y como sinónimo de derecho. Conforme a esto, el principio de la legalidad aplicado al Estado no es más que la conformidad con el derecho que debe acompañar a todos los actos de los órganos del Estado dictados en ejercicio del Poder Público. Es decir, el principio según el cual toda la actividad del Estado debe estar conforme con el derecho de ese Estado[1].

De acuerdo a esta concepción, por tanto, todos los órganos del Estado están sometidos al ordenamiento jurídico en cuya cúspide está la Constitución. Para algunos órganos del Estado, sin embargo, como se ha visto, por su posición en la jerarquía de las normas, el derecho al cual deben someter su actuación solo está consagrado en la Constitución (es el caso del Parlamento y de algunas actuaciones del gobierno), por lo que el principio de la legalidad sería mas propiamente, en esos casos, sólo «principio de la constitucionalidad». Pero para la Administración Pública, el orden jurídico al cual deben someterse los órganos administrativos está conformado por todas las fuentes del derecho, comprendidas la Constitución, las leyes, y los reglamentos en el ámbito que resulte del grado que ocupe en la jerarquía administrativa el órgano en particular; y por supuesto, comprendidos también los principios generales del derecho.

Ahora bien, en la tradición latinoamericana, la noción de principio de la legalidad tiene su antecedente remoto en el principio de la supremacía constitucional que conforme al modelo norteamericano nuestros países republicanos adoptaron desde comienzos del siglo pasado (1811), y en su consecuencia elemental: el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, que forma parte de nuestra tradición constitucional. Por ello, estando sometido el Parlamento, desde siempre, a control judicial de la constitucionalidad, con mayor razón la Administración ha estado sometida al control judicial de la legalidad, en su sentido más amplio.

Por supuesto, y siempre dentro del marco constitucional, la legalidad en nuestra tradición jurídica también ha estado sometida a ciertas «inflexiones», en particular las que derivan de lo que en Francia se han denominado «circunstancias excepcionales», y que en

---

1 *Cfr.* Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana.* Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, p. 23. Ello se desprende, por otra parte, del artículo 259 de la Constitución cuando atribuye a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa competencia para declarar la nulidad de los actos administrativos generales o individuales *contrarios a derecho*.

América Latina ha encontrado encuadramiento constitucional, desde comienzos del Siglo XX, en la posibilidad atribuida al Poder Ejecutivo, generalmente con intervención legislativa, de restringir las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y decretar el estado de emergencia, estado de sitio o estado de urgencia.

La experiencia histórica de las situaciones excepcionales llevó así al constituyente latinoamericano a preverlas constitucionalmente[2], modificándose, al adoptarlas, el ámbito de la legalidad que rige la Administración Pública, pero sin que quede excluida la posibilidad de control judicial de constitucionalidad y legalidad conforme al nuevo marco jurídico que derive de dichas medidas.

Ahora bien, aplicado específicamente a la Administración Pública, el principio de la legalidad se ha consolidado en América Latina, al igual que en Francia, fundamentalmente con la construcción jurisprudencial de los principios generales del derecho, y en concreto, del derecho administrativo, muchos de ellos desgajados de la propia Constitución, en virtud de la consagración tradicional en las Constituciones de nuestros países, desde 1811, de un largo y completo elenco de derechos y garantías. Es cierto, que por muchas décadas y con altibajos cíclicos, muchos de dichos derechos, en muchos países, no han tenido efectiva aplicación; sin embargo, cuando han tenido efectividad, se han configurado en la principal fuente de los principios generales del derecho administrativo. Así ha sucedido, por ejemplo, con el derecho a la defensa, con el principio de la igualdad y no discriminación, con el de la no retroactividad de los actos administrativos, con la teoría de la indemnización debida por la lesión a los derechos adquiridos, etc. formulados en gran parte por la jurisprudencia.

Estos principios han sido, precisamente los que han encontrado consagración positiva en las leyes de procedimientos administrativos, produciéndose, con su conversión en derecho positivo, un mayor afianzamiento del principio de la legalidad, en relación, particularmente, a la actividad administrativa[3].

En efecto, la actividad administrativa es una de las actividades del Estado, siendo las otras la actividad legislativa, la actividad de gobierno y la actividad judicial (jurisdiccional en la terminología francesa) distinguiéndose entre sí, entre otros aspectos, como se ha analizado anteriormente, por el grado que ocupan en la graduación o escalonamiento del orden jurídico que derive de la Constitución, según la concepción de la creación del derecho por grados difundida por H. Kelsen[4].

De acuerdo a esta concepción, la actividad administrativa siempre es de rango sublegal, (al igual que la judicial), en contraste con la actividad legislativa y la actividad de gobierno, que siempre son de rango legal, es decir, ocupan el primer escalón en la producción del orden jurídico, pues son actividades que el Parlamento o el Presidente de la República ejercen en ejecución directa de normas constitucionales.

A pesar de que la actividad de gobierno y administrativa del Estado provengan de un mismo órgano del Poder Ejecutivo, sin embargo, las mismas no pueden confundirse, pues ocupan una diversa jerarquía en el orden jurídico, razón por la cual lo que es «legalidad» para los actos administrativos sólo es «constitucionalidad» para los actos de gobierno.

---

2. Al contrario de lo que sucedió en Francia, donde sólo fue en la Constitución de 1958 en la cual se reguló *l'etat de siège* (art. 36). Con anterioridad, la consagración del «estado de sitio» había tenido rango legislativo desde el Siglo pasado. Asimismo, ha sucedido con el estado de urgencia regulado legislativamente sólo a partir de 1955. *Vid.* las referencias en G. Vedel y Pierre Devolve, *Droit Administratif,* París, 1984, pp. 420-421. El rango legal de la institución en Francia radica en la no consagración constitucional de los derechos fundamentales.

3 Véase Allan R. Brewer-carías, *Principios del procedimiento administrativo*, Civitas, Madrid 1990, pp. 35 y ss.

4. *Vid.* H. Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, 1981, p. 135.

Conforme a ello, en la concepción latinoamericana, los actos de gobierno, como se ha argumentado, definitivamente no son actos administrativos, pues al ser dictados por el Presidente de la República en ejecución directa de la Constitución, tienen rango legal y no sublegal. En consecuencia, al no tratarse de actos administrativos, dichos actos, al igual que ha sucedido en Francia con la concepción del «acto de gobierno»[5], no están sometidos al control jurisdiccional contencioso-administrativo, pero no porque sean pretendidas excepciones o inflexiones al principio de la legalidad, sino porque simplemente no son actos administrativos. Pero la exclusión del control jurisdiccional contencioso-administrativo no significa que están excluidos de todo control jurisdiccional, como en Francia, pues en América Latina siempre están sometidos al control jurisdiccional que les es propio, el de la justicia constitucional, pues solo están sujetos a normas constitucionales.

En todo caso, el principio de la legalidad en su aplicación a la Administración Publica, ha sido claramente determinado por la jurisprudencia venezolana en decisión de la antigua Corte Federal al expresar que "todas las actividades de la autoridad administrativa deben ceñirse a reglas o normas preestablecidas; de ahí, el principio de legalidad de los actos administrativos, según el cual, éstos carecen de vida jurídica no sólo cuando les falta como fuente primaria, un texto legal, sino también, cuando no son ejecutados en los límites y dentro del marco señalado de antemano por la ley". Esta necesidad que tiene la Administración Pública, como conjunto de órganos estatales, de ejercitar sus funciones sólo dentro de los precisos límites del derecho positivo es, ciertamente, como también lo ha recalcado la jurisprudencia, una "garantía establecida en beneficio de los particulares o administrados contra las posibles *arbitrariedades* de la autoridad ejecutiva"[6].

Este principio de *legalidad* o de actuación en conformidad con el derecho, por tanto, implica que las actividades que realicen todos los órganos que ejercen el Poder Público y no sólo los que conforman la Administración Pública, deben someterse a la Constitución y a las leyes. La consecuencia de ello, en un Estado de derecho como el que organiza la Constitución de 1999, es que las actividades contrarias al derecho están sometidas al control tanto de la jurisdicción constitucional (art. 334) como de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 259), cuyos tribunales pueden anularlos.

En relación con la Administración Pública, la Ley Orgánica de la Administración Pública expresa formalmente el principio, vinculándolo a la competencia, para lo cual, además, precisa la jerarquía de las fuentes del derecho aplicable a la Administración, así:

> *Artículo 4º.* La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a las leyes y a los actos administrativos de carácter normativo, dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático a las personas.

Se destaca de esta norma, como se dijo, la indicación formal de la jerarquía de las fuentes del derecho: 1) la Constitución, 2) las leyes y 3) los actos administrativos normativos; y la referencia al principio teleológico de la sumisión a la ley, cuyo fin es la garantía y protección de las libertades públicas propias del régimen democrático. Las fuentes del derecho, además, para ser tales, deben haberse dictado formal y previamente a la actividad que se regule, lo que implica la proscripción de la retroactividad de la ley.

---

5. *Vid.* J. M. Auby y R. Drago, *Traité de Contentieux Administratif*, París, 1984, t. 2, p. 166.

6 *Vid.* Sentencias de la antigua Corte Federal de 17 de julio de 1953 y de 23 de octubre de 1953 en nuestro trabajo "Algunas Bases del Derecho Público en la Jurisprudencia Venezolana", *RFD*, Nº 27, 1963, p. 145. Asimismo, en *GF*, 2ª etapa Nº 1, 1953, p. 151 y en *GF*, 2ª etapa Nº 2, 1953, p. 64.

El principio de la *legalidad*, además, se erige como un principio en el cual se fundamenta la Administración Pública, definiéndose como "el sometimiento pleno a la ley y al derecho" (art. 141), y es una de las misiones fundamentales de los órganos del Poder Ciudadano, consistente en velar por "la aplicación del principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del Estado" (art. 274).

Adicionalmente, el artículo 8 de la LOAP recoge la previsión del artículo 7 de la Constitución, y precisa que "todos los funcionarios de la Administración Pública están en la obligación de cumplir y hacer cumplir la Constitución". Toda autoridad, por tanto, deriva y debe ejecutarse conforme a la Constitución.

Ahora bien, dos aspectos nos interesa destacar en el estudio del principio de la legalidad aplicado a la Administración: en primer lugar, los principios que derivan del carácter sublegal de la actividad administrativa; y en segundo lugar, los principios elaborados jurisprudencialmente y recogidos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, limitativos al ejercicio del poder discrecional.

II. EL CARÁCTER SUB LEGAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

El carácter sub-legal de la actividad administrativa, ha tenido consagraciones particulares por lo que se refiere al principio de la sujeción a la ley, al respeto del principio de la reserva legal, al respeto de la jerarquía de las normas administrativas, así como al principio del paralelismo de las formas.

1. *El respeto a la ley*

La consecuencia más elemental de la formulación del carácter sub legal de la actividad administrativa, es el respeto a la ley, es decir, el respeto a las regulaciones normativas adoptadas por el Parlamento. Esto, por supuesto, tiene enorme importancia en América Latina, donde las relaciones entre la Ley y el Reglamento se dan en una forma radicalmente distinta a como se han formulado en la Constitución francesa de 1958[7]. No hay en Hispanoamérica nada que se parezca a la consagración constitucional de un ámbito de materias asignadas, como «*numerus clausus*», al Legislador, quedando todo el resto de las materias al ámbito reglamentario[8]. Al contrario, en España[9] y América Latina, la competencia legislativa es la normal[10] es decir, es el «derecho común», siendo la competencia reglamentaria la «excepción» de manera que, incluso, materias reguladas reglamentariamente pueden, sin límite cuando lo decida el Legislador, ser objeto de regulación legislativa.

Como consecuencia de este principio, la Administración siempre está sometida a las disposiciones legislativas que dicte el Parlamento, no existiendo, en consecuencia, en nuestros países, materias que puedan considerarse «reservadas» al poder reglamentario.

En consecuencia, la Administración no puede dictar disposiciones contrarias a las leyes. En consecuencia, toda la actividad administrativa, siempre es de rango sub legal, de manera que la Administración no puede en forma alguna contrariar la ley; pudiendo, además, el Legislador regular cualquier materia sin que existan campos reservados al poder reglamentario.

---

7. Arts. 34 y 37.

8. *Vid.* M. Waline, «Les rapports entre la loi et le réglement, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'etrangeer*, París, 1959, p. 699.

9. *Vid.* Juan Alfonso Santamaría Pastor y Luciano Parejo Alfonso, *Derecho Administrativo. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo,* Madrid, 1969, p. 67.

10. *Vid.* Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, p. 37.

2. *El respeto a la reserva legal (dominio reservado al legislador)*

Pero, en segundo lugar, el carácter sub legal de la actividad administrativa implica que la Administración debe siempre respetar la denominada «reserva legal» es decir, las materias que la Constitución asigna de manera exclusiva al legislador, de manera que aún en ausencia de ejercicio del poder regulador por el Parlamento, la materia reservada al Legislador no puede ser objeto de reglamentación por vía administrativa.

Entre estas materias reservadas al Legislador, en el sistema constitucional de América Latina, está el régimen de los derechos fundamentales. En efecto, estando los derechos fundamentales consagrados en las Constituciones, la primera y más importante de las garantías constitucionales a estos derechos es precisamente el de la reserva legal, es decir, que sólo el Legislador mediante ley formal puede establecer regulaciones, limitaciones o restricciones al ejercicio de dichos derechos dentro del marco de las regulaciones constitucionales[11]. Ello implica, por tanto, que la Administración y particularmente el reglamento, no pueden limitar o restringir los derechos y garantías constitucionales, aun en aspectos que no hayan sido objeto de regulación expresa mediante Ley.

Además de las regulaciones sobre derechos fundamentales, por supuesto, otras múltiples materias reguladas en la parte orgánica de la Constitución, están también reservadas al Legislador, y así es frecuente que los artículos constitucionales remitan al Legislador, por ejemplo, para la organización y funcionamiento de los Municipios o de órganos nacionales como el Fiscal General de la República o el Contralor General de la República; y en todo caso, para el establecimiento de impuestos, tasas y contribuciones. Todas estas materias de la reserva legal constituyen un límite a la actividad administrativa y una parcela esencial del principio de la legalidad.

Pero además de la formulación expresa de la reserva legal, como por ejemplo sucede, en general, con las materias de carácter tributario[12], el principio de la reserva legal ha resultado en muchos casos, de la construcción jurisprudencial de principios generales del derecho. Es el caso del establecimiento de sanciones administrativas, que se reserva al Legislador, en base al principio derivado del postulado constitucional *nullum crimen nulla poena sine legge* que se consagra en la Constitución[13], y que la jurisprudencia contencioso-administrativa ha considerado aplicable al ámbito de las sanciones administrativas, al declarar la nulidad de normas reglamentarias que han previsto sanciones por infracciones no establecidas en la Ley[14].

Como consecuencia de esto, son típicas materias de la reserva legal las expresamente establecidas como tal en las Constituciones; la regulación, limitación o restricción de los derechos y garantías constitucionales; la creación de impuestos, tasas y contribuciones, y el establecimiento de infracciones y sanciones administrativas.

La sanción a la violación de la reserva legal por los actos administrativos, por supuesto, al tratarse de una violación de normas constitucionales, acarrea la nulidad absoluta (Art. 25).

---

11. *Vid.* Allan R. Brewer-Carías, «Les garanties constitucionnelles des droits de l'Homme dans les pays de l'Amérique Latine (Notamment au Vénézuéla)» *Revue international de droit compare,* París, 1977, núrm 1, p. 48.

12. El art. 317 de la Constitución por ejemplo establece que «No podrán cobrarse impuestos, tasas, ni contribuciones que no estén establecidos por la Ley».

13. El art. 49.6 de la Constitución establece, así, que «Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes».

14. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa (Venezuela), 5 de junio de 1986, *Revista de Derecho Público,* núm. 27, Caracas, 1986, pp. 88-89.

Este principio de la reserva legal, además, ha encontrado consagración expresa en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que establece:

> «*Art. 10.* Ningún acto administrativo podrá crear sanciones, ni modificar las que hubieran sido establecidas en las leyes, crear impuestos u otras contribuciones de derecho público, salvo dentro de los límites determinados por la Ley»[15].

De la norma de la legislación venezolana, sin embargo, resulta, en principio, la posibilidad de «delegación legislativa» en materia de reserva legal lo cual ha sido admitido, por ejemplo, en materia de determinación de tasas por servicios y de establecimiento de infracciones[16].

Por último, debe advertirse que el ámbito de la reserva legal también puede plantearse constitucionalmente en las relaciones entre los actos de gobierno y los actos administrativos. Así, cuando las Constituciones, por ejemplo, atribuyen al Presidente de la República la potestad de restringir las garantías constitucionales, la consecuencia directa es la restricción o suspensión de la reserva legal, y por tanto, la «ampliación» de potestades «legislativas» del Presidente de la República[17]. En esos casos, los decretos-leyes que dicte el Presidente de la República deben estar fundamentados en el decreto de restricción, pues de lo contrario tendrían que ser considerados como simples actos administrativos que no podrían invadir la reserva legal.

3. *El respeto de los actos administrativos reglamentarios*

Pero es evidente que el principio de la legalidad, aplicado a los actos administrativos, no solo implica sumisión a la Constitución y a la Ley, sino también respeto a los propios actos normativos dictados por la Administración Pública, es decir, que los actos administrativos individuales deben estar sometidos, como condición de legalidad, a lo prescrito por los actos administrativos reglamentarios.

Es el principio conocido como el de la inderogabilidad singular de los Reglamentos, el cual desarrollado desde hace años por la jurisprudencia francesa[18], ha encontrado consagración positiva expresa en muchos países, y en particular, en la Ley de Procedimientos Administrativos, que prescribe lo siguiente:

> «*Art. 13.* Ningún acto administrativo podrá violar lo establecido en otro de superior jerarquía; ni los de carácter particular vulnerar lo establecido en una disposición administrativa de carácter general, aun cuando fuesen dictados por autoridad igual o superior a la que dictó la disposición general».

De estas normas entre otras, deriva la obligación que tienen los órganos administrativos, al dictar actos administrativos individuales, de respetar los reglamentos, o en otros términos, la prohibición de la derogación singular de los reglamentos en la resolución de un caso concreto. Esto implica no sólo la obligación de respeto de los reglamentos dictados por órganos administrativos superiores, sino la obligación de los órganos administrativos, al dictar un acto individual, de observar sus propios reglamentos (*Tu patere legem quam*

---

15. En igual sentido, art. 27 de la Ley española de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

16. En estos casos, la jurisprudencia venezolana ha atribuido a estos reglamentos dictados en materias de reserva legal con autorización expresa del legislador, incluso, rango legal. *Vid.* Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 27 de enero de 1971, en Allan R. Brewer Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1953-1974 y Estudios de Derecho Administrativo,* T. III, Vol. 1, Caracas, 1976, pp. 135 y 136.

17. *Vid.* En Allan R. Brewer-Carías, «Les garanties constitucionnelles...», *loc. cit.,* p. 49.

18. *Vid.* en J. M. Auby y R. Drago, *Traité de Contentieux Administratif,* París, 1984, T. 2, pp. 355-358.

fecisti), e incluso, la obligación de los órganos administrativos en la resolución de casos individuales, de observar lo establecido con carácter reglamentario por órganos de inferior jerarquía.

Este principio del respeto de los actos administrativos normativos por los actos administrativos individuales, sin duda, tienen su fundamento último en el principio de la igualdad y no discriminación, que resultaría violado si se permitiera la resolución individual de asuntos al margen de las disposiciones reglamentarias.

Desde el punto de vista práctico, las normas mencionadas implican que si se dicta una Resolución reglamentaria por un Ministro por ejemplo, no sólo este funcionario no puede vulnerarla con sus actos administrativos individuales, sino que el Presidente de la República tampoco puede vulnerar dicha disposición general, con un acto individual. En esta forma, si el Ministro quiere apartarse de su acto reglamentario para decidir un caso concreto, no puede hacerlo sin antes modificar el acto reglamentario, mediante otro acto reglamentario; es decir, tiene que reformar el reglamento y luego adoptar la decisión individual conforme a la reforma. Lo mismo sucede respecto de los actos del órgano superior si existe una Resolución ministerial de carácter reglamentario, no puede el Presidente de la República mediante un Decreto individual, modificar el acto reglamentario ministerial; tendría que dictar previamente un Decreto reglamentario cambiando el régimen, para luego dictar el acto individual[19].

4. *El respeto de la jerarquía de los actos administrativos y el paralelismo de las formas*

Pero además del respeto de los actos reglamentarios, el principio de la legalidad aplicado a los actores administrativos impone a los órganos administrativos el respeto de la jerarquía de los propios órganos y actos, particularmente cuando se trata de actos administrativos individuales. En consecuencia, ningún acto administrativo puede vulnerar los preceptos de otro de grado superior, por lo que los actos administrativos dictados por órganos interiores en la jerarquía administrativa no pueden violar o desconocer lo establecido en actos individuales dictados por órganos de jerarquía superior.

A los efectos de dar mayor efectividad al principio, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos han establecido expresamente la jerarquía de los actos administrativos, conforme a la jerarquía de los órganos administrativos, en la siguiente forma: «decretos, resoluciones, órdenes, providencias y otras decisiones dictadas por órganos y autoridades administrativas» (art. 14)[20].

Por interpretación a contrario del principio del respeto de la jerarquía de los actos administrativos, resulta evidente que los órganos de la Administración Pública pueden, en

---

19. Vid. Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas, 1985, pp. 41-42.

20. La Ley además, define cada uno de estos actos así: *Art. 15.* Los decretos son las decisiones de mayor jerarquía dictadas por el Presidente de la República y, en su caso, serán refrendados por aquél o aquellos Ministros a quienes corresponda la materia, o por todos, cuando la decisión haya sido tomada en Consejo de Ministros. En el primer caso, el Presidente de la República cuando a su juicio la importancia del asunto lo requiera, podrá ordenar que sea refrendado, además, por otros Ministros. *Art. 16.* Las resoluciones son decisiones de carácter general o particular adoptadas por los Ministros por disposición del Presidente de la República o por disposición específica de la ley. Las resoluciones deben ser suscritas por el Ministro respectivo. Cuando la materia de una Resolución corresponda a más de un Ministro, deberá ser suscrita por aquellos a quienes concierna el asunto. *Art. 17.* Las decisiones de los órganos de la Administración Pública Nacional, cuando no les corresponda la forma de decreto o Resolución, conforme a los artículos anteriores tendrán la denominación de orden o providencia administrativa. También, en su caro, podrán adoptar las formas de instrucciones o circulares.

principio, revisar, derogar, modificar o revocar sus propios actos administrativos, siempre que ello se haga por el mismo órgano que lo emanó o por el superior jerárquico, salvo que la ley haya prescrito una desconcentración mediante asignación exclusiva de competencia al órgano inferior.

En cuanto a los actos administrativos reglamentarios, por tener por objeto situaciones jurídicas generales e impersonales, los mismos pueden siempre ser modificados o derogados por la misma autoridad que los dictó, en cuyo caso, en principio, debe respetarse el principio denominado del paralelismo de las formas, es decir, que el acto reglamentario modificatorio o derogatorio del anterior debe ser dictado respetándose las mismas formalidades y formas prescritas por la Ley que se siguieron en la formulación del acto inicial. El mismo principio, por supuesto, se aplica en materia de modificación o revocación de actos administrativos individuales, en los casos en los cuales tal modificación o revocación pueda producirse, siempre que no se lesionen derechos adquiridos[21].

III. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Hemos dicho que el principio de la legalidad es la más acabada garantía establecida en el Estado de derecho en beneficio de los administrados, «contra las posibles arbitrariedades de la autoridad ejecutiva»[22]. Sin embargo, y ello es evidente, no toda la actividad a cargo de la Administración tiene establecida en el ordenamiento jurídico «precisos límites» a los cuales debe aquella ceñirse, sino que, generalmente, la propia ley otorga a la Administración amplios poderes de apreciación de la oportunidad y conveniencia para la toma de decisiones, lo que ha dado origen a la distinción clásica en materia de actividad administrativa, entre la administración reglada y el poder discrecional.

A este respecto, la antigua Corte Federal ha señalado expresamente que "los actos administrativos son de dos categorías: *discrecionales,* cuando la administración no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la oportunidad de obrar, sin que ello quiera decir que se obra al arbitrio, eludiendo toda regla de derecho, pues la autoridad administrativa debe observar siempre los preceptos legales sobre formalidades del acto; y *reglados,* llamados también vinculados y obligatorios, cuando el funcionario no puede ejecutarlos sino con sujeción estricta a la ley, so pena de incurrir en incompetencia, exceso de poder o genéricamente, en ilegalidad o violación de la ley"[23].

En este sentido, la diferencia entre estos dos tipos de actos administrativos estriba "en que en los reglados la ley establece si la autoridad administrativa ha de actuar, cuál es esa autoridad y cómo debe hacerlo, determinando las condiciones de la conducta administrativa en forma de no dejar margen a la elección del procedimiento; mientras que en los discrecionales, atendiendo a necesidades de la Administración Pública, la autoridad administrativa, en muchos casos, apreciará hechos pasados o consecuencias futuras, y para ello, dispondrá de cierta libertad de apreciación, sin que quiera significar esto que proceda *arbitrariamente"*[24].

---

21. *Vid.* G. Isaac, *La Procédure Administrative non Contentieuse,* París, 1968, p. 306.

22. Corte Federal (Venezuela) sentencias de 17 de julio o 23 de octubre de 1953, *Gaceta Forense* núm.. 1, 1953, p. 151 y núm. 2, 1953, p. 64.

23 *Vid.* Sentencia de la Antigua *Corte Federal* de 17 de julio de 1953 en nuestro trabajo "El Poder discrecional en la jurisprudencia administrativa venezolana", *RFD*, Nº 28, 1964, p. 187. Asimismo, en *GF*, 2ª etapa, Nº 1, 1953, p. 151.

24 *Vid.* Sentencia de la antigua *Corte Federal* de 26 de noviembre de 1959 en nuestro trabajo "El Poder discrecional…", *loc. cit.,* p. 188. Asimismo, en *GF*, 2ª etapa, Nº 26, 1959, p. 125.

En esta forma entendida, ciertamente que la actividad discrecional de la administración es indispensable para que ésta pueda realizar sus fines de un modo cabal, porque la ley no puede prever y reglamentar las múltiples, cambiantes y complejas relaciones jurídicas que se producen en la sociedad. De ahí que, por lo general, se limite a determinar normas que fijan la competencia de los diversos órganos administrativos y deja a éstos una cierta *libertad de apreciación de los hechos,* para decidir u orientar su actuación[25].

Pero sin embargo, debe señalarse que, en todo caso, el ejercicio de una actividad discrecional ha de encontrar su fundamento y su razón de ser en una ley. La discrecionalidad, ha dicho Ballbe, "no se funda en la ausencia de preceptos jurídicos que limitan la actividad de la administración, sino en la atribución, por el derecho, de una libertad de apreciación"[26]. En este mismo sentido la jurisprudencia venezolana ha sostenido que el funcionario sólo tiene las facultades que la ley le señala expresamente, por lo que "nunca, en ninguna oportunidad, puede el funcionario ejercer atribuciones discrecionales, a menos que la ley se las conceda directa y categóricamente"[27]. Por todo ello podría decirse que el primer límite del poder discrecional está en la ley que lo autoriza.

En todo caso, el poder discrecional que se da siempre que la ley otorgue a la autoridad administrativa la potestad de elegir entre varias decisiones conforme a su libre apreciación, se configura como un aspecto medular del derecho administrativo, al punto de llevar a Marcel Waline a afirmar que si fuera necesario dar de algún modo una definición de derecho administrativo, podríamos decir «que es esencialmente el estudio del poder discrecional de las autoridades administrativas y de su limitación para salvaguardar los derechos de terceros (administrados o agentes públicos)»[28].

En efecto, el poder discrecional de las autoridades administrativas es la condición indispensable de toda buena y eficiente administración. Sin embargo, su limitación es asimismo indispensable para que el Estado no sea arbitrario, y para que los administrados no se encuentren expuestos al simple arbitrio de los gobernantes. Así, los dos términos del planteamiento: salvaguarda del poder administrativo por el reconocimiento del poder discrecional, y salvaguarda de los derechos de los administrados por la limitación de ese poder, deben conciliarse para que el Estado no se vuelva anárquico o arbitrario[29].

La evolución que se ha experimentado en los últimos años en el derecho administrativo de casi todos los países, ha sido el de la reducción paulatina de las llamadas "inmunidades de poder" donde se encuentra tradicionalmente inmerso, el poder discrecional[30]; y precisamente en este campo del ejercicio del poder discrecional, este proceso por reducir o

---

25 *Vid.* Sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en nuestro trabajo "El Poder discrecional…", *loc. cit.,* p. 189. Asimismo, en *GF*, 2ª etapa, Nº 22, 1958, p. 133.

26 *Vid,* Manuel Ballbe, "Derecho Administrativo" en *Nueva Enciclopedia Jurídica,* Barcelona, 1949, p. 64 citado por M. F. Clavero Arevalo, "La doctrina de los Principios Generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento jurídico", *RAP*, Nº 7, 1952, p. 89.

27 *Vid,* Sentencia de la antigua *Corte Federal y de Casación en Sala Federal* de 11 de agosto de 1949 en *GF*, 1ª etapa (Segunda Edición), Año I, Nº 2, agosto 1949, p. 140.

28. M. Waline, «Etendue et limites du contrale du juge administratif sur les actes de 1'Administration», *Etudes et documents,* Conseil d'Etat, núm. 10, París, 1956, p. 25.

29 *Cfr.* Marcel Waline, "Etendue et limites...", *loc. cit.,* p. 25; J. M. Hernández Ron, "La Potestad Administrativa discrecional", *RCADF*, Año VII, Nº 35-36, 1947, p. 8.

30 *Vid.* el magnífico trabajo de Eduardo García de Enterria, "La lucha contra las inmunidades de poder en el Derecho Administrativo" (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos), *RAP*, Nº 38, 1962, pp. 159 a 205.

limitar las áreas de inmunidad de jurisdicción que tradicionalmente se le atribuyó, es quizá uno de los aspectos de mayor interés comparativo en materia contencioso-administrativa, y donde la labor de los jueces ha sido fundamental[31].

Debe señalarse, en efecto, que esa evolución no ha sido ni ha podido ser la obra de puras y abstractas declaraciones legales, sino que la reducción del ámbito del poder discrecional a un control jurisdiccional efectivo, ha sido el resultado de todo un "vasto movimiento de lucha por el derecho"[32] en el que naturalmente, no es sólo responsable y ni siquiera primariamente el legislador; sino que en ella se destaca la obra de la *jurisprudencia,* .en la cual se pueden distinguir dos fases que por sentido histórico -dada la amplitud que éste tenía en la doctrina hace algunos años- se han agrupado dentro de la expresión "control del poder discrecional". Tal como lo señalara recientemente Alejandro Nieto, en "el inexorable progreso hacia la reducción de la discrecionalidad hay que distinguir dos fases completamente distintas: una, la de precisión o determinación de lo que no sea discrecional, y sobre lo que se extiende, como es lógico, la jurisdicción; y una segunda fase, la de control -en la medida de lo posible- de lo que sí es discrecional"[33].

Visto esto, en relación a los límites del poder discrecional hay que distinguir entonces, primero, aquellas áreas del actuar administrativo que no configuran realmente ejercicio del poder discrecional (conceptos jurídicos indeterminados); segundo, los límites derivados de la vigencia del principio de la legalidad -control de lo que no es realmente discrecionalidad-; y tercero, los límites que constituyen la reducción de la discrecionalidad o de la "libertad de apreciación de los hechos"[34] que caracteriza jurisprudencialmente al poder discrecional, y que son los límites derivados de la forma de apreciación de los hechos.

IV. LA REDUCCIÓN DEL CÍRCULO DE LA DISCRECIONALIDAD: LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Debe señalarse, ante todo, que en la actividad administrativa han existido áreas del actuar administrativo que tradicionalmente se habían considerado que pertenecían al campo del ejercicio del poder discrecional, es decir, de la apreciación de la oportunidad de la actuación que corresponde exclusivamente a la autoridad administrativa, y que escapaban al control jurisdiccional. Sin embargo, ello ha sido objeto de un gran esfuerzo de reducción de la discrecionalidad adelantado por los juristas alemanes[35], que en España se lo destacó inicialmente García de Enterría[36], mediante la identificación de los denominados "conceptos jurídicos indeterminados" o "nociones jurídicas imprecisas", y que la doctrina italiana ha calificado como «discrecionalidad técnica»[37]

---

31 En relación a Venezuela, *Vid.* Allan R. Brewer-Carías, «Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas», *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, núm. 2, Caracas, 1965-1966, pp. 9-35.

32 E. García de Enterria, "La lucha...", *loc. cit.,* p. 166.

33 Alejandro Nieto, "Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria", *RAP*, Nº 44, 1964, p. 153.

34 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en nuestro trabajo "El Poder discrecional...", *loc. cit.,* p. 189. Asimismo, en *GF*, 2ª etapa, Nº 22, 1958, p. 133.

35 *Cfr.* Forsthoff, *Tratado de Derecho Administrativo,* Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 123 y sig.; Hans Klecatsky, "Reflexiones sobre el imperio de la ley, especialmente sobre el fundamento de la legalidad de la administración", *RCIJ*, Vol. IV, Nº 2, Verano de 1963, p. 237. *Vid.* las referencias en Fernando Sainz Moreno, *Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa,* Madrid, 1976, pp. 224 ss.

36 E. García de Enterría. "La lucha contra...", *loc. cit.,* p. 171.

37. *Vid.* por ejemplo Aldo Sandulli, *Manuale di Diritto Administrativo,* Napoli, 1964 pp. 573 ss.; Pietro Virga, *Il Provedimento Amministrativo,* Milano, 1972, pp. 27 ss.

En efecto, partiendo del principio de la legalidad y de que la ley regula en todo caso la actividad administrativa, tal regulación puede hacerse de una manera más o menos indeterminada, por ejemplo, cuando se utilizan expresiones como justo precio, urgencia, etc. Estos son conceptos jurídicos indeterminados, en el sentido de que la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular, no nos la resuelve o determina con exactitud la propia ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata[38]. Tradicionalmente se admitía que la calificación de los hechos en estos casos indeterminados encajaba dentro de la discrecionalidad[39]. Sin embargo, con la nueva técnica de los conceptos jurídicos indeterminados se ha reducido nuevamente la discrecionalidad y se le ha establecido un nuevo límite.

La diferencia entre la discrecionalidad y la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados estriba, como mínimo en los siguientes puntos: En la discrecionalidad auténtica la administración es libre de elegir entre varias posibilidades, y cualquier solución que adopte dentro de ellas es, en principio, jurídicamente irreprochable; en el supuesto de los conceptos jurídicos indeterminados la elección no es libre, sino que se trata de la aplicación de la ley a un caso concreto y que admite sólo una solución justa. Por ejemplo, la Ordenanza sobre Arquitectura, Urbanismo y Construcciones en general del Distrito Federal establece la necesidad de demoler o modificar, según el caso, las edificaciones que "amenacen o se encuentren en ruina", lo que configura un concepto jurídico indeterminado. Ante una edificación determinada no cabe más que una sola solución justa: la edificación se encuentra en ruina o no. Esta determinación, es claro, no puede ser objeto de una facultad discrecional[40]. Existe además, otra diferencia entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados[41]. En la discrecionalidad la operación que debe realizar la administración es de naturaleza *volitiva;* así, sucede cuando la ley faculta a la administración para tomar una medida dentro de un límite máximo y mínimo claramente determinado[42]. En cambio, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados la operación que realiza la administración es de naturaleza *intelectiva:* la administración *cree, juzga* que la edificación amenaza ruina. Tal distinción provoca efectos importantes: mientras en el primer caso no hay posibilidad de controlar esa voluntad puesto que la ley la ha atribuido expresamente, en el segundo caso siempre cabe la posibilidad de que la administración se haya equivocado en su juicio, y tal error puede ser controlado y corregido por los tribunales[43].

En una sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia de 19 de mayo de 1983, debe señalarse que el problema se planteó en sus justos términos, así[44]:

El Reglamento para las transmisiones por las estaciones de Radiodifusión Audiovisual (Televisoras), de 1980, establecía que dichas estaciones, entre los programas que pueden transmitir, están «los programas recreativos que contribuyan a la sana diversión, sin ofender la moral pública ni exaltar la violencia ni el delito» (art. 15). El Ministerio de Transporte y Comunicaciones, mediante Resolución, consideró que en el programa denominado

---

38 *Cfr.* E. García de Enterría, "La lucha contra..." *loc. cit.,* p. 171; A. Nieto, "Reducción Jurisdiccional...", *loc. cit.,* p. 154.

39 *Vid.* M. Stassinopoulos, *op. cit.,* pp. 185 y ss.

40 *Cfr.* E. García de Enterria, "La lucha contra…", *loc. cit.,* p. 174.

41 *Vid.* Alejandro Nieto. "Reducción jurisdiccional...", *loc. cit.,* p. 154

42 *Vid.* sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa* de 12 de diciembre de 1963 en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, Nº 27.344 de 13 de enero de 1964.

43 Alejandro Nieto. "Reducción jurisdiccional...", *loc. cit.,* pp. 154-155.

44. *Vid.* sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, de 19 de mayo de 1983, en *Revista de Derecho Público,* núm. 34, Caracas, 1988, p. 69.

«Hola Juventud» transmitido por Radio Caracas Televisión, en una fecha determinada, «se proyectó una escena de una obra de teatro en la cual se ofende la moral pública, por cuanto apareció la figura de un hombre desprovisto de vestimenta», razón por la cual sancionó a la empresa con suspensión del programa referido, por un día.

El acto administrativo sancionatorio fue impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ante la cual se alegó que la escena en cuestión correspondía a una obra de teatro denominada «Macunaima» de Brasil, y que personificaba el nacimiento de dicho personaje, héroe mitológico indígena; y que no podía considerarse que ofendía la moral pública, razón por la cual no podía considerarse que la transmisión del programa había violado el Reglamento aplicado. La Corte Suprema de Justicia, en la sentencia que declaró la nulidad de la Resolución impugnada, se basa en la siguiente argumentación:

> «El presupuesto de hecho *-ofensa a la moral pública-* incorpora a la norma uno de aquellos elementos que la doctrina administrativa ha denominado conceptos jurídicos indeterminados, y que se diferencian claramente de las llamadas potestades discrecionales. Mientras éstas dejan al funcionario la posibilidad de escoger según su criterio entre varias soluciones justas, no sucede lo mismo cuando se trata de la aplicación de un concepto jurídico indeterminado. Se caracterizan, estos últimos, por ser conceptos que resulta difícil delimitar con precisión en su enunciado, pero cuya aplicación no admite sino una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquella que se conforma con el espíritu, propósito y razón de la norma.

La aplicación del concepto jurídico indeterminado por la Administración Pública constituye una actividad reglada y por consiguiente, sujeta al control de legalidad por parte del órgano jurisdiccional competente. De allí la importancia que tiene establecer la significación y alcance del concepto *moral pública* empleada por la norma y que ha sido invocada como fundamento de la Resolución impugnada»[45].

Con base en esas premisas, la Corte Suprema de Justicia analizó el concepto de moral pública, como concepto dinámico, destinado a proteger el buen orden social y la pacífica convivencia de los ciudadanos (y no atinente a la moral individual), y que por tanto «cambia con el correr de los tiempos y la evolución de las costumbres». «De allí que para juzgar si una determinada actuación ofende efectivamente la moral pública -sostuvo la Corte-, menester es atenerse al criterio dominante en el medio social en que aquélla se realizó», concluyendo que «En el estado actual de la evolución cultural de Venezuela, seria inexacto sostener que toda manifestación del cuerpo humano desprovisto de vestimenta afecte a la moral pública o constituya objeto de escándalo o de repudio por parte de la colectividad»[46].

---

45. *Idem.* En sentido similar la Corte Suprema de Justicia (Venezuela) en sentencia de 27 de abril de 1989 consideró que la noción de «interés público» para el otorgamiento de una exoneración fiscal, no podía dar origen a su apreciación discrecional, sino que «siendo la aplicación de un concepto jurídico indeterminado en caso de aplicación o interpretación de la Ley que ha creado el concepto, el Juez debe fiscalizar tal aplicación valorando si la solución a que con ella se ha llegado, es la única solución justa que le permite la Ley» *Revista de Derecho Público,* núm. 38, Caracas, 1989, p. 96).

46. *Idem.* La Corte, en su sentencia, continuó su argumentación: así: «En todo acto que supuestamente sea susceptible de afectar la moral, nuestra sociedad, toma hoy muy en cuenta la intención o el propósito que lo anima, así como su forma de expresión. Tiene suficiente criterio para distinguir entre una imagen pornográfica sin duda torpe, despreciable y repudiable- la representación del cuerpo humano desnudo como creación artística o con una finalidad científica o por un requerimiento docente».

    «La Sociedad Venezolana actual admite como permisible la exhibición del cuerpo humano desnudo no sólo en los museos de arte o de ciencia, en la pintura y en la escultura, sino igualmente en revistas y otras publicaciones especializadas o de información general, así: como en las proyecciones cinematográficas y en las creaciones teatrales».

En esta forma, la distinción entre lo que es ejercicio del poder discrecional y lo que no es discrecionalidad, basado en la noción de los conceptos jurídicos indeterminados, es una reducción efectiva del ámbito de la libertad de apreciación y una ampliación de los poderes de control jurisdiccional. Así: la discrecionalidad, entonces, sólo existe cuando la Administración puede elegir entre varias decisiones, de manera que, en la voluntad del Legislador, cualquiera de ellas es jurídicamente admisible y tiene el mismo valor; en cambio, existe un concepto jurídico indeterminado y, por tanto, no hay discrecionalidad, cuando sólo una decisión es jurídicamente admisible[47]. Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; es decir, o hay utilidad pública, o no la hay; o se da, en efecto, una perturbación del Orden Público, o no se da; o el precio que se señala es justo o no lo es; o se ofende a la moral pública o no se la ofende. No hay una tercera posibilidad. *Testium non datur*. Por ejemplo, para que se adopte una orden municipal de demolición de un inmueble porque amenaza ruina, el inmueble, o está en estado ruinoso o no lo está. Como lo puntualiza García de Enterría, «hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta». Por ello califica el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados como un «proceso reglado», porque no admite más que una solución justa: «es un proceso de aplicación a interpretación de la Ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado; no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas»[48].

Así lo ha puntualizado el Tribunal Supremo de España al calificar el concepto de «justo precio» como un concepto jurídico indeterminado, indicando que sólo puede conducir a que el precio que se determine en una expropiación deba ser real y efectivamente «el verdadero y justo valor», en sentencia de 28-4-1964, en lo que puede considerarse la decisión judicial pionera en este campo en el mundo de habla hispana, donde señaló:

> «las facultades discrecionales se caracterizan por la pluralidad de soluciones justas posibles entre las que libremente puede escoger la Administración, según su propia iniciativa, por no estar comprometida dentro de la norma la solución concreta; mientras que el concepto jurídico indeterminado (ruina, precio justo, utilidad pública etc.) es configurado por la Ley como un supuesto concreto de tal forma que solamente se da una única solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia de hecho»[49].

Ahora bien, esta noción de los conceptos jurídicos indeterminados, como área de actividad pública no discrecional, se ha adoptado en Italia, en base a la distinción entre «discrecionalidad administrativa» y «discrecionalidad técnica». La discrecionalidad administrativa, así: se ha definido «como la facultad de escogencia entre comportamientos jurídicamente lícitos, para la satisfacción del interés público, y para la consecución de un fin que se corresponda con la causa del poder ejercido»[50]; en cambio en la «discrecionalidad técnica» no existe escogencia; como lo ha destacado Sandulli, en la discrecionalidad técnica «la escogencia del comportamiento a seguir, tomando en cuenta los intereses públicos, ya fue realizada a priori (de una vez y para siempre) de manera vinculante, por el Legislador», por lo que a la Administración sólo le queda realizar una valoración sobre la base de conoci-

---

«Se trata de hechos y aptitudes públicas y notorias que no exigen demostración especial, porque pertenecen a la experiencia diaria de la colectividad nacional».

47. *Vid.* F. Sainz Moreno, *op. cit*., p. 234.

48. *Vid.* E. García de Enterría, *op. cit.*, pp. 35, 37 y 38.

49. *Vid.* la referencia en F. Sainz Moreno, *op. cit*., p. 273.

50. *Vid.* P. Virga *op. cit*., p. 19.

mientos (y por lo tanto, de reglas) técnicos, como son aquellos de la medicina, de la ética, de la economía..., como es el caso, por ejemplo, del valor económico de un bien[51]. La «discrecionalidad técnica» por tanto, no es discrecionalidad, derivando su denominación de un error histórico de la doctrina, como lo ha destacado Massimo Severo Giannini[52].

Por esta razón, por ejemplo, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica recalca con precisión, que «en ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica» autorizando al Juez para «controlar la conformidad con esas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como sí ejerciera contralor de legalidad» (art. 16).

En Francia, el proceso de ampliación del control jurisdiccional de la Administración y de reducción de la discrecionalidad, también se ha manifestado en este campo que la doctrina y jurisprudencia alemana, española y latinoamericana denominan de los conceptos jurídicos indeterminados, en el desarrollo del control jurisdiccional en cuanto a la calificación de los hechos y en la apreciación de los motivos de los actos administrativos, pero sin dejar de considerar que se trata de ejercicio de potestades discrecionales[53].

El primer *arrêt* del Consejo de Estado que se dictó en estos aspectos fue el *arrêt Gomel* de 4-4-1914[54], en el cual se consideró el poder de un Prefecto, conforme a la Ley de 13 de julio de 1911, para negar el otorgamiento de un permiso de construcción en el caso de que en determinadas áreas urbanas de París, el alineamiento y el nivel de la construcción proyectada con la vía pública no se encontrase acorde a las prescripciones que le fueron hechas en interés de la seguridad pública, de la salubridad, así como de la conservación de perspectivas monumentales y del sitio». El Consejo de Estado, en su decisión, a requerimiento del Sr. Gomel entró a apreciar si la construcción atentaba contra «la perspectiva monumental existente» como había sido considerado en la decisión recurrida, concluyendo que en el caso concreto de la plaza Beauveau de París, en la cual se proyectaba la construcción, como podría ser observada en su conjunto como formando una perspectiva monumental» por lo que consideró que el Prefecto, al rehusarse a conceder el permiso de construcción, había hecho una falsa aplicación de la Ley.

Este *arrêt* se ha considerado como el punto de partida de una abundante jurisprudencia relativa al control, por el juez de exceso de poder, de la calificación jurídica de los hechos, en el sentido de que cada vez que un texto subordine el ejercicio de un poder de la Administración a la existencia de ciertas circunstancias de hecho, el juez de exceso de poder verifica si estas condiciones de hecho están efectivamente cumplidas, y, particularmente, si los hechos presentan un carácter de tal índole que justifican la decisión tomada[55]. Es así que el juez de exceso de poder ha controlado de una manera constante el carácter artístico y pintoresco de monumentos y ciudades (CE 2 mai 1975, *Dame Ebri et autres,* Rec. 280, AJ 1975, 311 concl. G. Guillaume); el carácter técnico de un cuerpo de funcionarios (CE 27 juin 1955, *Deleuze,* Rec. 296; A. J. 1955, II, 275, concl. Laurent); el carácter fáctico del acto de un agente público, (CE 13 mars 1953, *Teissier,* Rec. 133 concl. Donnedieu de Vabres); el carácter licencioso o pornográfico de una publicación

---

51. *Vid.* Aldo M. Sandulli, *op. cit*., p. 574.

52. *Vid.* Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, Vol. I, Milán, 1970, p. 488.

53. *Vid.* A. De Laubadère, «Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat Français», *Mélanges offerts a Marcel Waline*, París, 1974, t. II, pp. 531-S49.

54. CE 4 avr. 1914*, Gomel,* Rec. 488*. Vid.* en M. Long P. Weil y G. Braibant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative,* 7.° ed., París, 1978, p. 124

55. *Vid.* Long, Weil y Braibant, *op. cit.,* p. 125.

(CE 5 déc 1956, *Thibault,* Rec. 463; D. 1957, 20, concl. Mosset); o el carácter inmoral de un film (CE 18 déc 1959, *Societé Les Films Lutetia,* Rec. 693, concl. Mayras)[56].

En este último caso, se trató de una decisión dictada por el Alcalde de Niza, conforme a la Ley Municipal, de prohibir en el territorio del Municipio la representación de un film *(Le feu dans le peau),* que aún cuando tenga la autorización ministerial de explotación, se consideró que su proyección era perjudicial al orden público, «por razón del carácter inmoral» de dicho film. El Consejo de Estado estimó que el Alcalde podía tomar la decisión, habiendo sido correcta la precisión del concepto jurídico indeterminado del «carácter inmoral» del film.[57] En otros casos similares, el Consejo de Estado examinó si esta inmoralidad era de naturaleza tal como para justificar legalmente la prohibición, teniendo en cuenta las circunstancias locales (CE 14 oct 1960, *Societé Les films Marceau,* Rec, 533, y 23 déc 1960, *Union générale cinematographique,* Rec. 731), anulando la prohibición, de proyectar en Niza el film *La neige était sale* y rechazando el recurso contra la prohibición de proyectar en la misma ciudad el film *Avant le déluge*[58]. Se trató, en todo caso, de supuestos de control de la calificación jurídica de los hechos por el juez de exceso de poder, o si se quiere, de la precisión por la Administración de conceptos jurídicos indeterminados, que no configuran ejercicio de poder discrecional.

Pero más recientemente, esta reducción del ámbito de la discrecionalidad también se ha producido en Francia, a través del denominado control jurisdiccional del «error manifiesto de apreciación» y de la aplicación por el juez de exceso de poder, del principio del «balance-costo-beneficios» en materia de ejercicio del poder discrecional; casos en los cuales, en nuestro criterio, en muchos supuestos, no son más que reducción de la discrecionalidad por entrar en juego la aplicación de lo que se ha denominado la técnica de conceptos jurídicos indeterminados.

El principio del «error manifiesto de apreciación» como mecanismo de control de la discrecionalidad se aplica en forma destacada en el *arrêt Sociéte anonyme Libraire Fraçois Maspero,* de 2 nov 1973 (Rec. 611, concl. Braibant)[59], en el cual el Consejo de Estado decidió, con motivo de la impugnación de un acto administrativo del Ministro del Interior de prohibir la circulación de la edición francesa de la *Revista Tricontinental,* editada en Cuba, adoptado en virtud de una Ley que lo autorizaba para prohibir la circulación distribución y venta de revistas y periódicos de proveniencia extranjera; que en virtud de que la decisión no estaba fundada sobre hechos materiales inexactos, «dado que la misma no esta viciada de error manifiesto, la apreciación a la cual se avocó el Ministro del Interior del peligro que representaba la revista para el orden público, no puede ser discutida en la jurisdicción administrativa»[60].

Se observa de esta decisión, que en realidad, a pesar de tratarse de un concepto jurídico indeterminado en el sentido que hemos analizado precedentemente, el Consejo de Estado estimó que estaba en presencia del ejercicio de un poder discrecional de apreciación por la Administración, el cual sin embargo, sólo podía ser juzgado si el Ministro hubiera incurrido en error manifiesto de apreciación En sentido similar la doctrina ha considerado que en estos casos en los cuales

56. *Idem,* p. 125.
57. *Ibid., op. cit*., pp. 490-493.
58. *Ibid.,* p. 493.
59. *Ibid., op. cit.,* pp. 575 ss.
60. *Ibid,* p. 576.

«el legislador no ha fijado las condiciones bajo las cuales se debe ejercer la actividad administrativa o bien las ha fijado de manera general e imprecisa», activándose el poder discrecional de la Administración, no puede el juez, bajo esta hipótesis, controlar la calificación jurídica de los hechos, sino solamente la legalidad de la motivación de la decisión. En estos casos, como en el arrêt Maspero, si bien el juez ha sido conducido a someter a la Administración, a un control mínimo en cuanto a la apreciación de los hechos realizada por ella: «de hecho el juez no se pronuncia sobre la apreciación como tal, sino sobre el error que ha podido viciar esta apreciación cuando este error es evidente, al poder ser descubierto por simple sentido común, cuando se trate de un error manifiesto que desnaturalice la interpretación que hace la Administración de la extensión de su poder discrecional»[61].

No tenemos dudas en considerar que el aporte del criterio del «error manifiesto de apreciación es fundamental para la limitación y control al poder discrecional, conforme al principio de la razonabilidad o racionalidad que analizaremos más adelante, pero aplicado, por supuesto, a casos en los cuales se trate de verdadero ejercicio del poder discrecional, cuando la Administración, tiene la libertad de escoger entre varias decisiones justas. En casos como en el decidido en el *arrêt Maspero* en el cual se trataba de juzgar si la revista prohibida presentaba peligro para el orden público, de manera de justificar la prohibición de circulación, en realidad, bajo el ángulo de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, el Ministro del Interior, no ejercía poderes discrecionales sino que sólo podía tomar una decisión justa: o la revista presentaba o no presentaba peligro para el orden público al momento en el cual se dictó la decisión y esa decisión configuraba, por tanto, el ejercicio de una competencia reglada. Esto ya lo había apuntado en la doctrina francesa André De Laubadére, cuando se refirió a los casos de apariencia de control del poder discrecional; precisamente referido a la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados en los cuales «el juez administrativo, contribuyendo así con el legislador a determinar en que casos hay poder reglado, transformándose entonces una competencia aparentemente discrecional en una competencia reglada»[62], o más exactamente, según la expresión de Auby y Drago, «descubre» las condiciones legales, los motivos considerados por el cómo los solos legítimos de la decisión.[63]

Otro principio destacado por la jurisprudencia francesa relativo al control jurisdiccional del poder discrecional, o más propiamente, mediante el cual se tiende a descubrir competencias regladas en lo que aparentemente es el ejercicio de poderes discrecionales, es el conocido como el principio del «balance-costo-beneficio»[64], desarrollado en casos de urbanismo y expropiación con ocasión de la aplicación precisamente, del concepto jurídico indeterminado de «utilidad pública» .

El inicio de esta aproximación al control jurisdiccional del poder discrecional se sitúa en el *arrêt* denominado *Ville Novuelle Est* adoptado por el Consejo de Estado el 28 de mayo de 1971[65], con motivo de la impugnación, por ilegalidad, del acto administrativo del Ministro del Equipamiento y Vivienda que declaro de utilidad pública un proyecto de desa-

---

61. *Ibid., cit.,* p. 580.

62. *Vid.* A. De Laubadere, *loc. cit.,* p. 535.

63. *Idem*

64. *Vid.* Jeanne Lemasurier, «Vers un nouveau principe général du droit. Le principe "bilan-cout-avantages"», *Melánges offerts a Marcel Waline,* París, 1974, T. II, pp. 551-562.

65. CE 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé «Ville Nouvelle Est»,* Rec. 409, concl. Braibant. *Vid.* en Long, Weil y Braibant, *op. cit.,* pp. 561-574.

rrollo y renovación urbana al este de Lille destinado a configurar, tanto una ciudad universitaria como una Nueva Ciudad. Con motivo de la impugnación de la decisión, entre otros motivos, se denunció que la destrucción de un centenar de viviendas que podía evitarse si se disponía de un proyecto distinto al de una autopista, constituía un costo demasiado elevado para la operación proyectada que le quitaba el carácter de utilidad pública a la misma. El Consejo de Estado, al juzgar «la utilidad pública de la operación» y considerar que el proyecto si tenía carácter de tal, estimó:

> «que una operación no podría ser legalmente declarada de utilidad pública sino cuando los atentados a la propiedad privada, el costo financiero, y eventualmente los inconvenientes de orden social que ella comporta, no son excesivos en relación al interés que ella presenta»[66].

Hasta ese momento, el Consejo de Estado había controlado la finalidad de utilidad pública de determinados proyectos, verificando si la operación correspondía en sí misma a un fin de utilidad pública, pero se había rehusado a examinar el contenido concreto del proyecto, es decir, la escogencia de las parcelas a expropiar. Con el *arrêt Ville Nouvelle Est,* a propuesta de G. Braibant, el Consejo de Estado asumió las tareas de decidir y de apreciar, en cada caso, la utilidad pública de un proyecto, habida cuenta del balance de las ventajas e inconvenientes de la operación y apreciando no sólo el costo financiero de la misma sino también su costo social[67]. Marcel Waline, al comentar el «considerando» del *arrêt* constató que:

> «El juez se reconoce el derecho de apreciar todo tipo de ventajas e inconvenientes de la operación en cuestión, de establecer entre ellos un balance, de hacer en alguna forma la suma algebraica de unas y otros, y de no dar la aprobación, sino cuando el saldo de esta operación, después de hechas las cuentas, le parecía positivo»[68].

En el mismo sentido del *arrêt Ville Nouvelle Est,* el Consejo de Estado se pronunció en el *arrêt Soc. Civile Sainte-Marie de l'Assomption* de 20 de octubre de 1972[69], al juzgar sobre la utilidad pública del proyecto de la autopista norte de Niza, cuya construcción amenazaba el Hospital Psiquiátrico Sainte-Marie, por lo que no sólo oponía el interés general a los intereses particulares, sino que comportaba un conflicto entre dos intereses públicos: el de la circulación y el de la salud pública. En su *arrêt,* el Consejo de Estado declaró la nulidad del decreto declarativo de utilidad pública, por considerar la inconveniencia de la solución de circulación establecida en el proyecto alrededor de un hospital, que no solo le producía ruido, sino que lo privaba de toda posibilidad de expansión futura[70].

En todos estos casos, las decisiones del juez no inciden realmente en el ejercicio de poderes discrecionales, sino en el ejercicio de competencias regladas, que sólo admiten una solución justa: o la obra es o no es de utilidad pública. El balance costo-beneficios que ha efectuado el Consejo de Estado, es precisamente lo que la Administración está obligada a hacer en cada caso, para adoptar la única solución justa que derive de concretizar el concepto jurídico indeterminado de «utilidad pública» en un proyecto de expropiación. El juez del exceso de poder, por tanto, al efectuar jurisdiccionalmente el mismo balance lo que

---

66. *Vid.* en Long, Weil y Braibant, *op. cit.,* p. 563.

67. *Idem,* pp. 568-569.

68. M. Waline, «L'appeciation par le juge administratif de l'utilité d'une project», *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, 1973, p. 454; *cit*., por J. Lemasurier, *loc. cit.,* p. 555.

69. CE 20 octobre 1972, Rec. 657, concl. Morisot.

70. *Vid.* en Long, Weil y Braibant, *op. cit*., p. 569.

controla no es el ejercicio de poder discrecional alguno, sino la competencia legal que tiene la Administración al hacer la declaratoria de utilidad pública; es decir, «corrige las faltas o las ligerezas, algunas veces fantasiosas», como lo indicó Marcel Waline, de los tecnócratas administrativos[71].

Como lo destacó indirectamente el Comisario Morisot en sus conclusiones sobre el caso *Sainte-Marie de l'Assomption*:

> «La noción de utilidad pública es relativa. No se la puede apreciar y, en consecuencia, controlar sin considerar todos los elementos, lo que conduce a hacer el balance de los aspectos positivos y negativos de la operación. Dado el caso de que la utilidad pública de ésta es la condición de legalidad de la puesta en marcha de un procedimiento de expropiación, la apreciación hecha por el juez de esta utilidad, con todos los elementos que ella comporta, es un control de legalidad»[72].

En esta forma, aún cuando no consideramos que esta jurisprudencia signifique realmente control del ejercicio de poderes discrecionales, como lo continúa razonando la doctrina francesa, hay que saludar los avances que significa para el control de legalidad y la reducción del círculo de la discrecionalidad, pues conforme a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, contribuyen a identificar lo que es sólo una apariencia de discrecionalidad.

V. LA DISCRECIONALIDAD Y EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD

1. *Principios Generales*

Los actos administrativos, tanto los reglados como los discrecionales, están sometidos a determinadas normas legales cuyo cumplimiento les da contenido y efecto jurídicos. En esto consiste el principio de la legalidad. Los unos y los otros deben ser ejecutados de acuerdo a disposiciones preexistentes[73].

Este ha sido el criterio tradicionalmente sustentado por la jurisprudencia. En efecto, en sentencia de la antigua Corte Federal de 17 de julio de 1953 se estableció que, si bien la administración obra discrecionalmente cuando no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la oportunidad de obrar, ello no quiere decir que obre al arbi-

---

71. *Vid.* M. Waline, «L'appeciation...» *loc. cit*., p. 461. El problema se plantea, incluso, en los cases de control judicial de la constitucionalidad de las leyes que declaran la utilidad pública a los efectos expropiatorios, como ha sucedido en Argentina. En el caso *Nación Argentina* y *Jorge Ferrario,* 1961, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló «si los jueces de una causa expropiatoria comprueban que la utilidad pública no existe o ha sido desconocida por la Administración, y...media alguno de los supuestos de gravedad o arbitrariedad extrema... están obligados a desempeñar la primera y más elemental de las funciones que les incumben, esto es, la que consiste en proteger las garantías constitucionales declarando la invalidez de los actos del Estado que pretendan vulnerarlos» (*Fallos* t. 251, pp. 246 ss.). Agustín Gordillo, sobre este principio, ha comentado lo siguiente: «si la jurisprudencia ha establecido, y con razón, que puede controlar y revisar hasta la calificación de utilidad pública hecha por el Congreso en materia de expropiación (lo que si es probablemente facultad discrecional, y ni siquiera del Poder Ejecutivo sino del Poder Legislativo), no se advierte entonces qué superioridad constitucional tiene el Poder Ejecutivo sobre el Poder Legislativo y el Poder Judicial para que los actos discrecionales del parlamento, esto es las leyes del Congreso de la Nación, puedan ser controladas judicialmente, pero no pueda serlo un acto meramente emanado del Poder Ejecutivo», Agustín Gordillo, *El acto administrativo,* Buenos Aires, 1969, p. 216.

72. *Cit.* Par A. De Laubadère, *loc. cit.* p. 540.

73 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 26 de noviembre de 1959 en nuestro trabajo "El Poder discrecional...", *loc. cit.,* p. 188. Asimismo, en *GF*, 2ª etapa, Nº 26, 1959, p. 125.

Por otra parte, véase la sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa* de 12 de diciembre de 1962 en nuestro trabajo "El Poder discrecional...", *loc. cit.,* p. 193.

trio, "eludiendo toda regla de derecho, pues la autoridad administrativa debe observar siempre los preceptos legales sobre formalidades del acto"[74]. Por tanto, la jurisprudencia ha reconocido que los requisitos de forma de los actos administrativos han de cumplirse ineludiblemente en el ejercicio de la potestad discrecional[75].

En cuanto al cumplimiento de los requisitos de fondo en el ejercicio del mismo poder discrecional, la jurisprudencia ha hecho especial referencia a la competencia[76], señalando que "el funcionario al obrar discrecionalmente tiene que hacerlo sin excederse de su competencia"[77].

Pero, además de estos límites sobre el cumplimiento de los elementos de legalidad ordinarios del acto administrativo, la jurisprudencia ha tomado en consideración especialmente, los límites impuestos al poder discrecional en la determinación del presupuesto de hecho del acto y en la determinación de la finalidad del mismo. Es necesario aquí, prestar atención especial a estas dos limitaciones al poder discrecional derivadas de la sumisión de la actividad administrativa al principio de la legalidad administrativa.

2. *Límites en la determinación del presupuesto de hecho del acto administrativo discrecional*

A. *Introducción*

Dentro de los elementos del acto administrativo está claramente determinado el elemento fáctico, es decir, los presupuestos de hecho del acto que configuran, de acuerdo a nuestro criterio, el elemento denominado causa[78].

La determinación de los presupuestos de hecho del acto administrativo constituye una de las etapas que debe seguir la administración para manifestar su voluntad. Debe dejarse claramente establecido, sin embargo, que esta determinación de los presupuestos de hecho no comprende ningún elemento de apreciación ni juicio[79]; se trata simplemente, de una constatación de los hechos que constituyen el presupuesto fáctico del acto.

Ahora bien, en esta determinación de los hechos, la administración, aun encontrándose en ejercicio de un poder discrecional, debe ceñirse a determinados límites: en primer lugar, debe comprobar los presupuestos de hecho del acto; en segundo lugar, los hechos deben ser ciertos y no falsos; y en tercer lugar, los hechos han de ser calificados correctamente.

---

74 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 17 de julio de 1953 en nuestro trabajo "El Poder discrecional. ….", *loc. cit.,* p. 187. Asimismo, en *GF*, 2ª etapa, Nº1, 1953, p. 151.

75 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en nuestro trabajo "El Poder discrecional. . .", *loc. cit.,* p. 190. Asimismo, en *GF*, 2ª etapa, Nº 22, 1958, p. 134.

76 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en nuestro trabajo "El Poder discrecional. . .", *loc. cit.,* p. 190. Asimismo, en *GF*, 2ª etapa, Nº 22, 1958, p. 134.

77 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956 en nuestro trabajo "El Poder discrecional. . .", *loc. cit.,* p. 192. Asimismo, en *GF*, 2ª etapa, Nº 11, 1956, p. 28.

78 *Cfr.* Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo,* Instituto de Estudios Políticos, Tomo I, Madrid 1956, p. 453. En este sentido Georges Vedel incluye los elementos o presupuestos de hecho del acto dentro del elemento causa: *Vid. Essai sur la notion de cause en droit administratif,* Sirey, París, 1934, p. 361, *cit.* por Rafael Nuñez Lagos, "La causa del acto administrativo" en *Estudios en homenaje de Jordana de Pozas,* Tomo III, Vol. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, p. 113. *Vid.* asimismo nuestro libro *Las Instituciones Fundamentales..., ob. cit.,* p. 127.

79 *Cfr.* Michel Stassinopoulos, *Traite des actes administratifs,* Collection de l'Institut Français d'Athènes, Nº 82, Atenas, 1954, p. 154; Bonnard, "Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir, *RDP*, 1923, p. 363, *cit.* por J. C. Venezia, *Le pouvoir discretionnaire,* Librairie Genérale de Droit et de Jurisprudence (Bibliothèque de Droit Public. Tome XVII), París, 1959, p. 48.

Veamos estos tres límites al poder discrecional en materia de determinación del elemento causa en el acto administrativo.

B. *La comprobación de los hachos*

La jurisprudencia administrativa ha determinado que las decisiones administrativas se hayan condicionadas por "la *comprobación previa* de las circunstancias de hecho previstas en la norma, claramente estatuida para obligar a la administración a someter sus actos, en cada caso, al precepto jurídico preexistente"[80].

Es de destacar uno de los considerandos de la decisión a que se ha hecho referencia, y que declaró la nulidad de un acto administrativo revocatorio de otro por el cual se concedió la nacionalidad venezolana a una extranjera, por no haberse comprobado suficientemente los hechos en que se fundaba la resolución ministerial. La Corte Suprema de Justicia señaló: "Al no existir, como en efecto no existe, prueba alguna de los hechos que se imputan a la recurrente, la Resolución Ministerial resulta manifiestamente infundada y debe, en consecuencia, revocarse. A juicio de la Sala no es posible atribuir mérito probatorio a la nota que figura al folio 2 del expediente administrativo, con el membrete de la Dirección de Extranjeros y que aparentemente se ha tenido como fundamento para el empleo de la norma legal aplicada en la Resolución, pues dicha nota no hace legalmente fe respecto de los supuestos de hecho de la norma que se aplica. En efecto, en ella se dice que la nombrada ciudadana "continúa en actividades que van contra la moral y buenas costumbres y ha burlado la buena fe del Despacho"; mas no existe en el expediente administrativo, ningún elemento que acredite los hechos a que se contrae la referida nota, como sucedidos con posterioridad a la fecha en que le fue otorgada la nacionalidad. Conforme a estas consideraciones, la Resolución impugnada carece de toda eficacia legal, *por haberse fundado en hechos no comprobados* y porque al dictarla la autoridad administrativa actuó en forma no permitida por la rigidez del precepto legal".

Por tanto, uno de los límites del poder discrecional en cuanto a la determinación de los presupuestos de hecho del acto administrativo, es la necesaria comprobación de dichas circunstancias de hecho por la administración[81].

La comprobación exacta de los presupuestos de hecho del acto, o la "exactitud material de los hechos básicos de la decisión"[82] evita, por otra parte, el llamado error de he-

---

80 *Vid.* sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa* de 22 de mayo de 1963 (CSJ-PA-70-1; 22-5-63 según sigla del *Instituto de Codificación y Jurisprudencia* del Ministerio de Justicia).

81 En este sentido, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa en sentencia de 8 de junio de 1964 ha sostenido lo siguiente:

"Observa la Corte, que en el acto administrativo a que se concreta la Resolución ministerial cuya nulidad se ha demandado, el funcionario de la Administración Pública (Ministerio de Fomento) ha obrado en la esfera de sus atribuciones al dictar la Resolución, y desde este punto de vista su decisión es inobjetable, pero no sucede lo mismo cuando se examina el aspecto formal de su actuación administrativa, la que por serlo, *no le eximía de la obligación de juzgar conforme a lo probado en el expediente,* de suerte que el supuesto de la norma legal guardara correspondencia con los hechos, no estándole permitido en ningún caso dar por probados los hechos con los solos elementos aportados por la gestión oficial, de indiscutible valor cuando ella es conforme con la realidad, pero igualmente revisable o descartable si se comprueba por otros medios de autos que la prueba final no es verdadera. Es tan rigurosa la exigencia de la ley a este respecto, que *la discrecionalidad en la apreciación de los hechos en un caso determinado* de parte del funcionario, con todo y estar revestida de cierta amplitud dentro del marco de la ley, nunca *aquélla puede conducir a la arbitrariedad.* Si esto ocurre, el acto administrativo es irregular por vicio de ilegalidad". *Vid.* en CSJ-PA-56-1; 8-6-64 según sigla del *Instituto de Codificación y Jurisprudencia* del Ministerio de Justicia. Subrayado nuestro.

82 M. Letourneur, "El Control de los hechos por el Consejo de Estado Francés, juez del Recurso por exceso de poder, en la jurisprudencia reciente" en *RAP*, Nº 7, 1952, p. 221.

cho[83] que puede ser controlado también jurisdiccionalmente y que consiste simplemente en el "falso conocimiento de la realidad"[84].

En este sentido la jurisprudencia ha señalado al decidir sobre la impugnación de un acto administrativo que contenía un error de cálculo acordando su nulidad, que "el error en que incurre la Resolución ministerial impugnada, equivale a *falta de adecuación entre el supuesto legal y la realidad,* de allí que el resultado obtenido haya sido *inexacto,* tal como lo manifestó el Fiscal General de la República en su dictamen en el cual concluye considerando que es procedente el recurso de nulidad solicitado"[85].

C. *La calificación de los presupuestos de hecho*

Por otra parte, dentro del proceso lógico de formación del acto administrativo, la administración, después de haber constatado y comprobado los presupuestos de hecho, debe proceder a la sumisión de los hechos al presupuesto de derecho[86], es decir, a la norma que autoriza su actuación. Esto es lo que se ha llamado "calificación jurídica de los hechos"[87] como otro de los límites de la actividad administrativa y por tanto limitativo de la potestad discrecional, y que tiene su control jurisdiccional en el llamado abuso o exceso de poder por la jurisprudencia venezolana, que corresponde a la tergiversación de los hechos de la jurisprudencia italiana[88], y que se presenta como una figura análoga al falso supuesto del derecho procesal civil[89].

En este sentido la jurisprudencia indica que "si la Administración, sin violar un precepto legal, realiza un acto en el que altere la verdad que sirve de presupuesto a éste, no podría ciertamente decirse que ha cometido una efectiva transgregación de la Constitución o de la ley positiva... pero no puede caber duda de que el acto así cumplido está gravemente viciado por exceso de poder. *La potestad discrecional del funcionario administrativo, lo mismo que la del juez, no puede traspasar los lindes de la verdad y de la equidad*"[90].

Por tanto, los límites del poder discrecional y la posibilidad de control no se limitan a la posible trasgresión de normas constitucionales o legales expresas, sino que abarcan tam-

83 *Cfr.* M. Stassinopoulos, *op. cit.,* pp. 175 y ss.

84 Sebástian Martín-Retortillo Baquer, "El Exceso de poder como vicio del acto administrativo", *RAP*, Nº 23, 1957, p. 138.

85 *Vid.* sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 3 de julio de 1961 en *GF*, 2ª etapa, Nº 33, 1961, p. 20.

86 *Cfr. J.* C. Venezia, *op. cit.,* p. 25 al señalar que "L'operation de qualification a pour but de faire rentrer une situation de fait dans le cadre d'une notion juridique".

87 M. Stassinopoulos, *op. cit.,* p. 182.

88 *Vid.* en la jurisprudencia venezolana nuestra obra *Las Instituciones fundamentales del Derecho Administrativo... cit.,* pp. 67-68. En la jurisprudencia italiana: Sebástian Martín-Retortillo Baquer, "El Exceso de poder…..", *loc. cit.,* p. 135.

89 El artículo 435 del Código de Procedimiento Civil dispone: "En el fallo del recurso, la Corte Federal y de Casación se limitará a considerar las infracciones alegadas en el escrito de formalización, y decidirá sobre ellas sin extenderse al fondo de la controversia, ni al establecimiento o apreciación de los *hechos* por parte de los jueces sentenciadores; a menos que se alegue infracción de regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba. Esta excepción procede:

lº Cuando los jueces hayan dado por probado un *hecho* con pruebas que por la ley sean improcedentes para demostrarlo; 2º Cuando a una prueba que no reúna los requisitos exigidos por la ley, le hayan dado, sin embargo, los efectos que ésta le atribuye, como si estuviere debidamente hecha; 3º Cuando basen sus apreciaciones en *falso supuesto,* atribuyendo la existencia de un instrumento o acta del expediente de menciones que no contenga, o dando por demostrado un *hecho* con pruebas que no aparezcan de autos, o cuya inexactitud resulte de actas o instrumentos del expediente mismo, no mencionados en la sentencia".

90 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957 en *GF*, 2ª etapa, Nº 17, 1957, p. 136.

bién la necesidad de que el funcionario, aun en el caso de darle cumplimiento estricto a la norma escrita, ley positiva o precepto legal expreso, en la aplicación de este precepto legal, no tergiverse los presupuestos de hecho que autorizan su actuación[91]. En este sentido, puede controlarse jurisdiccionalmente el poder discrecional -"pues de no ser así imperaría en todo caso el arbitrio del funcionario sin remedio alguno"-, cuando la administración dicte un acto administrativo falseando el lógico y verdadero presupuesto del mismo. Asimismo, se considera dictado el acto con tergiversación de los hechos, no sólo en el caso extremo de que el acto se funde sobre el presupuesto de la existencia o inexistencia de hechos que resulten inexistentes o existentes, sino también basta con que en su realidad tales hechos sean sustancialmente distintos a como son aprehendidos por la autoridad administrativa; es decir, cuando ésta, realizando un error de método, no considere debidamente elementos esenciales o dé, por lo contrario, excesiva importancia a elementos accesorios[92].

La función de calificación de los hechos y sus límites es ciertamente, una actividad reglada y por tanto controlable en todos los actos administrativos. Sin embargo, su verdadera relevancia se particulariza en relación con la actividad discrecional; además, debe señalarse que la jurisprudencia ha destacado que este vicio del acto administrativo por falsa calificación de los hechos, consiste en "hacer *uso indebido* del poder que es atribuido al funcionario, independientemente del fin logrado, bien porque se tergiverse la verdad procesal denudándose los hechos, o bien por cualquier otra causa"[93], lo que conlleva un cierto elemento subjetivo de valoración intelectual por parte de la administración. Esto distingue por otra parte, a la calificación de los hechos y su vicio, la tergiversación de los mismos, de la comprobación de los hechos y su vicio, el error de hecho[94].

3. *Límites en la finalidad perseguida por el legislador*

Tal como lo ha destacado la jurisprudencia, "la subordinación (de los actos administrativos) a la equidad y a la verdad significa que el funcionario o la administración no pueden en modo alguno salirse de los fines que, con la norma legal se persiguen, aun en el supuesto de que estén en función las facultades discrecionales del Poder Público"[95].

Por tanto, otro de los elementos reglados del acto administrativo que ha contribuido eficazmente a la fijación de los límites del poder discrecional, es éste de la finalidad perseguida. Por ello ha recalcado la jurisprudencia que la "discrecionalidad no implica arbitrariedad ni injusticia puesto que la administración nacional, estadal o municipal, no obra en pura conformidad a su elección, sino en virtud y como consecuencia de su capacidad condicionada por su *fin'*"[96].

---

91 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957 en *GF*, 2ª etapa, Nº 17, 1957, p. 136.

92 *Cfr.* S. Martín-Retortillo Baquer, "El exceso de poder. . .", *loc. cit.,* p. 131. *Vid.* asimismo sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa* de 8 de junio de 1964, *cit.* en Nota Nº 23.

93 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957 en *GF.*, 2ª etapa, Nº 17, 1957, p. 135.

94 *Cfr.* S. Martín-Retortillo Baquer, "El Exceso de poder...", *loc. cit.,* p. 138, *Vid.* Nº 4.

95 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957 en nuestro trabajo "El Poder discrecional. . .", *loc. cit.,* p. 192. Asimismo, en *GF*, 2ª etapa, Nº 17, 1957, p. 135.

96 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956, en nuestro trabajo "El Poder discrecional", *loc. cit.,* p. 192. Asimismo, en *GF*, 2ª etapa, Nº 11, 1956, p. 28.

El control de este límite ha sido denominado, en cuanto produce un vicio en los actos administrativos que lo traspasen, como desviación de poder según la terminología acuñada en el derecho francés y recibida en casi todos los ordenamientos jurídicos modernos[97].

La desviación de poder, por tanto, "surge cuando la administración usa de sus poderes con finalidades distintas a aquellas determinadas en la ley"[98] y su configuración es sencilla: la administración está obligada a realizar su actividad no sólo respondiendo a un fin público o social buscado[99] -lo que no sucede cuando obra por un fin privado-, sino que, dentro de tal concepto genérico, debe actuar precisamente el *fin especifico* por el que le son concedidas las facultades determinadas que ejercita en el supuesto concreto[100].

En consecuencia, la desviación de poder no sólo se presenta como resultado de la obtención de un fin extraño al interés general, sino también como resultado de la obtención de un fin que, sin ser extraño al interés general, no es la manifestación del interés general por el que la autoridad administrativa ha recibido los poderes que ejercita[101]. En este sentido, las autoridades administrativas no pueden obrar *ad-libitum* cuando están de por medio los derechos de los administrados y los actos administrativos pueden adolecer de vicios que acarreen su nulidad, aun cuando tales actos no violen los preceptos constitucionales o legales y con ellos no usurpe atribuciones el funcionario que los profiere. Entre estos vicios está la desviación de poder, pues el acto administrativo "aun siendo dictado por quien está facultado para hacerlo y en forma tal que aparece subordinado a la ley, en su espíritu o en el fondo es realmente *contrario a la finalidad del servicio público o de los principios que informan la función administrativa*"[102].

La actividad administrativa en el Estado de Derecho -ha señalado la antigua Corte Federal- está condicionada por la ley a la *obtención de determinados resultados;* por ello no puede la administración pública procurar resultados distintos de los perseguidos por el legislador "aun cuando aquéllos respondan a las más estrictas licitud y moralidad pues lo que se busca es el logro de determinado fin"[103] que no puede ser desviado por ningún motivo, así sea plausible éste.

En consecuencia, este elemento reglado de la finalidad de la actuación administrativa, viene a ser otro de los límites impuestos al poder discrecional por el principio de la legalidad administrativa.

VI. LOS LÍMITES AL PODER DISCRECIONAL

1. *Los límites impuestos por los principios generales del derecho administrativo*

Dejando aparte lo que sólo es apariencia de discrecionalidad que hemos englobado en torno a la aplicación, por la Administración, de los conceptos jurídicos indeterminados, el

---

97 El artículo 206 de la Constitución atribuye competencia a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa "para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso *por desviación de poder".*

98 Sentencia de la antigua *Corte Federal* de 2 de junio de 1958 en *GF*, 2ª etapa, Nº 20, 1958, p. 99.

99 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 17 de julio de 1953 en nuestro trabajo "El Poder discrecional. . .", *loc. cit.,* p. 188. Asimismo, en *GF*, 2ª etapa, Nº 1, 1953, p. 153.

100 *Cfr.* S. Martín-Retortillo Baquer, "La desviación de poder en el Derecho español", *RAP*, 1957, Nº 22, p. 137.

101 *Cfr.* M. Latourneur, "La desviación de poder en Francia", *Cuadernos de Derecho Francés,* Nos. 14-15, Barcelona, 1960, pp. 19 y 21. Asimismo nuestro libro *Las Instituciones Fundamentales…, cit.,* p. 71.

102 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 28 de septiembre de 1954 en *GF*, 2ª etapa, Nº 5, 1954, p. 218.

103 *Idem.*

ejercicio del poder discrecional, es decir, de la potestad atribuida por el Legislador a la Administración de apreciar libremente las circunstancias de hecho y adoptar una decisión escogiendo entre varias alternativas, todas igualmente justas y conforme a la legalidad, tiene siempre un límite absoluto: el acto administrativo que se adopte en base al ejercicio de tal poder no puede ser arbitrario, es decir, la libertad de apreciación de los hechos y de la oportunidad de actuar otorgada al funcionario, no significa que pueda actuar arbitrariamente[104].

El problema de los límites al ejercicio del poder discrecional radica, entonces, en el establecimiento de la frontera entre discrecionalidad y arbitrariedad; de manera que el juez contencioso administrativo pueda controlar el ejercicio directo del poder discrecional cuando resulte arbitrario, además de ejercer sus poderes de control sobre los aspectos reglados del acto discrecional[105] y particularmente sobre la comprobación y calificación de los presupuestos de hecho[106], y sobre la adecuación de la decisión a los fines establecidos en la Ley, que ha girado en torno a la noción de desviación de poder, también de creación jurisprudencial francesa.

Las dudas del Juez contencioso-administrativo de controlar efectivamente lo que es ejercicio del poder discrecional por la Administración y establecer el límite entre discrecionalidad y arbitrariedad, han existido en todos los países contemporáneos, donde se sigue formulando el principio de que el Juez no puede juzgar sobre las razones de oportunidad o de conveniencia para la adopción de un acto administrativo porque:

> «el juez no puede sustituirse al administrador por motivos obvios de diferenciación y especialización de funciones conectadas con el principio de la separación de poderes»[107].

Sin embargo, tanto en la jurisprudencia como en la legislación de América Latina comienzan a apreciarse esfuerzos significativos por permitir, efectivamente, que el juez contencioso-administrativo penetre en el ámbito de la discrecionalidad y controle la arbitrariedad. En esta materia, de nuevo, los principios generales del derecho han suministrado el arsenal inicial para esta lucha contra la arbitrariedad que, si bien ha sido librada tímidamente por los jueces, comienza a tener de aliado al Legislador en la codificación del procedimiento administrativo.

Un punto de partida en este esfuerzo latinoamericano, puede situarse en dos sentencias de la antigua Corte Federal de Venezuela adoptadas en los años cincuenta. En la primera (Caso: *Municipalidad de Maracaibo*) de fecha 24-2-56, al declarar la Corte la anulación de un acto administrativo que había revocado un permiso de construcción, el juez consideró que era arbitrario por carecer de fundamento y por ser injusto, afirmando que «la discrecionalidad no implica arbitrariedad ni injusticia puesto que la Administración... no obra en pura conformidad a su elección, sino en virtud y como consecuencia de su capacidad condicionada por su fin»[108].

---

104. Allan R. Brewer-Carías, «Los límites...», *loc. cit.,* p. 11.

105. En la sentencia de la antigua Corte Federal (Venezuela) (Caso: *Reingruber*) de 6 de noviembre de 1958, por ejemplo, quedó claramente señalado en relación a los actos del ejercicio del poder discrecional, que siempre «puede ser materia de revisión (por el Juez) por lo que se refiere a la incompetencia del funcionario que lo dictó, o defecto de forma del acto, o a su ilegalidad», *Gaceta Forense,* núm. 22, p. 134. *Cf.* Allan R. Brewer-Carías, «Los límites...», *loc. cit.* p. 14.

106. Sobre la «veracidad y la congruencia de los hechos» como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa (Venezuela), en sentencia (Caso *Depositaria Judicial)* de 2 de noviembre de 1982, *Revista de Derecho Público,* Nº 12, Caracas, 1982, p. 130.

107. *Idem.*

108. *Gaceta Forense,* Nº 11, Caracas, 1956, pp. 27-30, *Vid.* en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo,* T. I, Caracas, 1975, pp. 611-612.

En la segunda sentencia (Caso: *Reingruber*) de 6-11-1958, la Corte, a pesar de haber considerado que la potestad dada al Ministerio de Hacienda de poder reducir las multas cuando concurran circunstancias que demuestren falta de intención dañosa del contraventor, era una potestad discrecional, y decidir que «la manera como el funcionario administrativo ejerció la facultad discrecional» que le reconoce la ley no podía ser revisado por la Corte, el Supremo Tribunal reconoció que en los casos de atribución de poder discrecional debe entenderse que la Ley autoriza al funcionario

> «para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad»[109].

Al analizar este considerando, hemos señalado que la Corte sentó las bases para el control jurisdiccional del ejercicio del poder discrecional en Venezuela fundamentándose en principios generales del derecho, como son el principio de la *racionalidad* (la decisión administrativa adoptada en ejercicio de un poder discrecional no puede ser ilógica o irracional); el principio de la *justicia* o de la *equidad* (la decisión producto del ejercicio de poderes discrecionales no pueden ser inicua, inequitativa o injusta); y el principio de la *igualdad* (la decisión administrativa que resulte del ejercicio de poderes discrecionales no puede ser parcializada ni discriminatoria). A estos principios agregamos el principio de la *proporcionalidad* que toda decisión adoptada en ejercicio de un poder discrecional debe respetar, de manera que exista una adecuación entre los supuestos de hecho y la decisión tomada[110], y debe agregarse también el principio de la *buena fe,* de manera que toda actuación del funcionario que con intención falsee la verdad, también sería ilegal[111].

En la jurisprudencia argentina y uruguaya, estos principios que se configuran como límites a la discrecionalidad, se engloban en la exigencia de la «razonabilidad» en la actuación administrativa[112], en el sentido de que un acto administrativo, aún dictado en ejercicio de facultades discrecionales, puede ser revisado judicialmente si es irrazonable o arbitrario. El principio de la razonabilidad se ha desarrollado particularmente en Argentina como un límite al ejercicio del poder de policía[113], al erigirse en la garantía de seguridad respecto a la forma, modo, manera y oportunidad del *cómo* debe realizarse la función policial. La ju-

---

109. *Gaceta Forense,* Nº 22, Caracas, 1958, pp. 133-134; *Vid.* en Allan R. Brewer-Carías, Jurisprudencia de... *op. cit*., T. I, pp. 608-609.

110. *Vid.* en Allan R. Brewer-Carías, «Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas», *loc. cit*., pp. 27-33. *Vid.* los comentarios a nuestro análisis en Gustavo Urdaneta Troconis, «Notas sobre la distinción entre actos reglados y discrecionales y el control jurisdiccional sobre estos» en *Tendencias de la Jurisprudencia venezolana en materia contencioso administrativa*, Caracas, 1986, pp. 395-399.

En Colombia, al referirse a la necesaria sumisión del ejercicio del poder discrecional a los principios generales del derecho, Consuelo Sarría los resume así: «la Administración tendrá en cuenta la *racionalidad o razonabilidad*: en cuanto su decisión tiene que estar de acuerdo con la razón con la lógica y congruente con la motivación, en cuanto la discrecionalidad no implica arbitrariedad; *la justicia*: el actuar de la Administración, aunque sea discrecional en el sentido de que puede evaluar la oportunidad y conveniencia de sus decisiones, no puede ser injusto, deberá siempre ser equitativo, respetando los intereses de la Administración y de los administrados*; la igualdad*: la autoridad administrativa tendrá que respetar el principio de la igualdad que se aplica a todas las actuaciones del Estado enfrente a los particulares, en cuanto estos serán tratados en igualdad de condiciones, sin que pueda haber favoritismo por parte de las autoridades; *la proporcionalidad*: que debe existir entre los medios utilizados por la Administración y los fines de la medida; *el derecho a la defensa:* en cuanto la Administración antes de tomar una medida, debe oír al administrado», Consuelo Sarria, «Discrecionalidad Administrativa» en J.C. Cassagne y otros, *Acto Administrativo,* Tucumán, 1982, p. 118.

111. *Vid.* sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 21 de marzo de 1984, *Revista de Derecho Público,* Nº núm. 18, Caracas, 1984, p. 172.

112. *Vid.* Juan Francisco Linares, *Poder Discrecional Administrativo,* Buenos Aires, 1958, pp. 155 ss.

113. *Vid.* Ramón F. Vásquez, *Poder de Policía,* Buenos Aires, 1957, pp. 41 ss. y 122 ss.

risprudencia argentina, así, ha conformado cuatro principios de lógica jurídica que conforman el carácter razonable de una medida de policía, en la forma siguiente: la limitación debe ser justificada; el medio utilizado, es decir, la cantidad y el modo de la medida, debe ser adecuado al fin deseado; el medio y el fin utilizados deben manifestarse proporcionalmente; y todas las medidas deben ser limitadas[114].

La razonabilidad se ha configurado así, en un *standard* jurídico comprensivo de una serie de valores que deben guiar la actividad administrativa (en lugar de *«bonus pater familiae»* el *«bonus magistratus»*) y que realizan la justicia con todos sus sinónimos: equivalencia, proporción, adecuación, igualdad, paridad, justa distribución, dar a cada uno lo que le corresponde, etc[115]. La actuación administrativa irrazonable, por tanto, es arbitraria y aún cuando sea producto del ejercicio de un poder discrecional, puede ser controlada judicialmente, tal y como lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), en 1959, al señalar:

> «los jueces poseen la potestad de revocar o anular la decisión administrativa sobre hechos controvertidos, si ella fuera suficientemente irrazonable, o se apoyara tan solo en la voluntad arbitraria o en el capricho de los funcionarios»[116].

Lo arbitrario o irrazonable de una actuación administrativa, en todo caso, puede resultar, de la irrazonabilidad en la elección del momento (decisión manifiestamente inoportuna); en la elección de modalidades de actuación (medios desproporcionados, por ejemplo), o en la forma de actuación (desigual o discriminatoria)[117].

En la jurisprudencia contencioso-administrativa del Uruguay se encuentran soluciones basadas en principios similares. Así, el Tribunal de lo Contencioso administrativo en sentencia de 27-9-71 afirmó que «los poderes discrecionales... sólo los podía ejercitar (la Administración) dentro de los límites razonables y conforme a una equilibrada valuación de los factores constitutivos de la falta en juicio»[118].

En España, la reducción progresiva de la arbitrariedad se ha desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en igual forma, por la aplicación de los principios generales del derecho. Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández, en esta forma, citan un cúmulo de sentencias en las cuales el control jurisdiccional del ejercicio del poder discrecional se ha efectuado en base a considerar que unas medidas eran injustificadas a todas luces a incluso contrarias a la razón (sentencia 6-2-63). Así, se han condenado jurisdiccionalmente, las actuaciones administrativas contrarias al «respeto debido al principio de la buena fe, en que han de inspirarse los actos de la Administración» (sentencias de 23-12-59, 22-6-60, 27-12-66, 13-5-71, 12-3-75, 6-2-78, 24-2-79 y 5-2-81); o «cuya gravedad no guarda una razonable proporcionalidad con la infracción» (sentencia de 25-3-72). El Tribunal Supremo también ha acudido al principio de la igualdad, para juzgar el ejercicio de poderes discrecionales (sentencias de 24-12-56, 28-5-63 y 3-4-65), garantizando el derecho a igual oportunidad (sentencia 27-1-65); y ha esgrimido el principio *favor libertatis* para obligar a la Administración a acomodar sus intervenciones en la esfera de los administrados al procedimiento menos restrictivo de la libertad[119].

---

114. Bartolomé A. Fiorini, *Poder de Policía,* Buenos Aires, 1958, p. 149.

115. *Idem,* p. 158; Juan Francisco Linares, *op. cit.,* p. 164.

116. Caso *Reyes* de 25 de septiembre de 1959, Fallos t. 244, *cit.* por A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo,* t. 3, Buenos Aires, 1979, pp. 9-27.

117. Juan Francisco Linares, *op. cit.,* pp. 164 ss.

118. *Vid.* en J. P. Cajarville, *Dos Estudios de Derecho Administrativo,* Montevideo, 1988, p. 106.

119. Eduardo García de Enterría y Tomas R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo,* t. I, Madrid, 1983, pp. 449-451.

Ahora bien, esta interdicción de la arbitrariedad o la exigencia de la razonabilidad en la actuación de la Administración, como límite al ejercicio del poder discrecional, ha encontrado en América Latina, en muchos casos, consagración legislativa, positivizándose en esta forma los principios generales del derecho.

En tal sentido, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica establece varias normas relativas al ejercicio del poder discrecional y al control judicial del mismo que deben destacarse. El artículo 15.1 de la Ley General, en efecto, comienza por prescribir que el ejercicio del poder discrecional está «sometido en todo caso a los límites que le impone el ordenamiento expresa o implícitamente, para lograr que su ejercicio sea eficiente y razonable», atribuyéndose el juez potestad para controlar la legalidad no sólo sobre los aspectos reglados del acto discrecional, sino «sobre la observancia de sus límites» (art. 15.2).

Ello lo refuerza la propia Ley General al prescribir en su artículo 216 que:

> «La Administración deberá adoptar sus resoluciones dentro del procedimiento con estricto apego al ordenamiento y, en el caso, de las actuaciones discrecionales, a los límites de racionalidad y razonabilidad implícitos en aquél».

El artículo 16.1 es reiterativo, en cuanto a este principio de la razonabilidad, al establecer que «en ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia», atribuyéndose al juez expresamente potestad para «controlar la conformidad con estas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como si ejerciera el contralor de legalidad» (art. 16.2). Otro límite al ejercicio del poder discrecional en la Ley de Costa Rica, se establece, en relación a «los derechos del particular» (art. 17) frente a la discrecionalidad, que no deben ser vulnerados.

La Ley General, además, consagra expresamente la consecuencia del traspaso de los límites mencionados por la autoridad administrativa al prescribir, en el artículo 158, como una causa de invalidez de los actos administrativos, la infracción a las reglas técnicas y científicas de sentido unívoco y aplicación exacta, en las circunstancias del caso, y agrega en el artículo 160, que:

> «El acto discrecional será inválido, además, cuando viole reglas elementales de lógica, de justicia o de conveniencia, según lo indiquen las circunstancias del caso».

Por último, es de destacar que el artículo 133 de la misma Ley General el cual regula los motivos del acto administrativo, y establece que cuando éste no esté regulado, «deberá ser *proporcionado* al contenido y cuando esté regulado en forma imperiosa deberá ser *razonablemente* conforme con los conceptos indeterminados empleados por el ordenamiento. El principio de la proporcionalidad también lo repite la Ley General en el artículo 132.1 relativa, al objeto del acto administrativo, al prescribir que debe ser «proporcionado al fin legal» del acto.

Es difícil, ciertamente, encontrar otro ejemplo de legislación positiva en el mundo con normas tan precisas y ricas en su contenido, para que los jueces puedan controlar el ejercicio del poder discrecional[120], con precisas referencias a los principios de razonabilidad, racionalidad, justicia, lógica, proporcionalidad y conveniencia.

---

120. *Vid.* los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, «Comentarios sobre los Principios Generales de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica», en *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo,* San José, 1981, p. 52; Eduardo Ortiz, «Nulidades del Acto Administrativo en la Ley General de Administración Pública», *idem,* p. 386; Gonzalo Fajardo, «El Estado de Derecho y la Ley General de Administración Pública, *idem,* pp. 523-524.

La Ley venezolana de Procedimientos Administrativos de 1982, recogió también el principio de los límites al ejercicio del poder discrecional en una norma (art. 12) que prescribe:

> «Aún cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia».

Se consagra así, expresamente, no sólo la existencia de elementos reglados del acto discrecional que siempre deben respetarse (adecuación con los presupuestos de hecho, adecuación con la finalidad, competencia legal o reglamentaria, respeto de las formas y procedimiento), sino, que se erige como, límite fundamental al ejercicio del poder discrecional, la obligación del funcionario de «mantener la debida proporcionalidad». Así se establece también en el Código Contencioso Administrativo de Colombia, en su artículo 36:

> «En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa».

La proporcionalidad también se establece en la Ley argentina de Procedimiento Administrativo, al prescribir dentro de los «requisitos esenciales del acto administrativo», la necesidad de que «las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas» a la finalidad que resulta de las normas que otorgan las facultades al órgano administrativo (art. 7.f).

Estas normas incorporan, por tanto, a los límites a la discrecionalidad, el principio de la proporcionalidad[121], conforme al cual las medidas adoptadas en los actos administrativos deben ser proporcionales tanto a los fines que prevé la norma que las autoriza, como a los hechos que las motivan.

Tal como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, los actos administrativos estarían viciados de abuso de poder:

> «cuando no existe proporción o adecuación entre los motivos o supuestos de hecho que sirvieron de base al funcionario u órgano autor del acto recurrido para dictar su decisión, y los contemplados en la norma jurídica, en el sentido de que se trata de un vicio que consiste en la actuación excesiva o arbitraria del funcionario, respecto de la justificación de los supuestos que dice haber tornado en cuenta, para dictar el acto»[122].

En el mismo sentido, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Uruguay, en sentencia de 23-4-76 ha señalado al apreciar la ilegalidad de la imposición de una sanción,

---

121. *Vid.* Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos,* Caracas, 1985, p. 46; Agustín Gordillo, *El acto administrativo,* Buenos Aires, 1969, p. 250. Conforme a lo establecido por la Corte Suprema de la Nación (Argentina) «las medidas utilizadas por la autoridad pública deben ser proporcionadamente adecuadas a los fines perseguidos por el legislador». Caso: *Sindicato Argentino de Músicos*, 1960, Fallos t. 248, pp. 800 ss.

122. Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 21 de marzo de 1984, *Revista de Derecho Público,* núm. 18, Caracas, 1984, p. 172. En igual sentido, la misma Corte Primera en sentencia de 16 de diciembre de 1982, estimó que este vicio de abuso de poder se da en los casos de «desmedido uso de las atribuciones que han sido conferidas lo cual equivale al excesivo celo, a la aplicación desmesurada, esto es, a todo aquello que rebasa los límites del correcto y buen ejercicio de los poderes recibidos de la norma», *Revista de Derecho Público,* núm. 13, Caracas, 1982, p. 119.

que esta «aparece como ciertamente desproporcionada... hubo exceso de parte del jerarca en el ejercicio de sus funciones discrecionales, cayendo en ilicitud... obligando, por ende, al control anulatorio por parte del Tribunal»[123].

Los principios de la razonabilidad y de la proporcionalidad también han tenido aplicación jurisprudencial en Francia, en materia de control jurisdiccional del ejercicio del poder discrecional. En cuanto al principio de la razonabilidad, puede encontrarse aplicado en la jurisprudencia relativa al «error manifiesto de apreciación» el cual según lo afirma Guy Braibant, aparece cuando la Administración «ha ido más allá de los límites de lo razonable en el juicio que ella ha realizado sobre los elementos de la oportunidad»[124].

De allí la celebre frase del mismo Guy Braibant en relación al ejercicio del poder discrecional y el principio de la razonabilidad, tal como lo hemos expuesto anteriormente en la jurisprudencia latinoamericana:

> «El poder discrecional comporta el derecho de equivocarse pero no el de cometer un error manifiesto, es decir a la vez aparente y grave»[125].

En el caso de control jurisdiccional del error manifiesto en la apreciación de los hechos, indican Long, Weil y Braibant, el juez «no se pronuncia sobre la apreciación como tal, sino sobre el error que ha podido viciar esta apreciación, cuando este error es evidente, al poder ser descubierto por simple sentido común, cuando se trate de un error manifiesto que desnaturalice la interpretación que hace la Administración de la extensión de su poder discrecional»[126].

Ahora bien, si en general se dan ejemplos jurisdiccionales de la aplicación de la técnica del error manifiesto como instrumento de control del ejercicio del poder discrecional por el Consejo de Estado, en la gran mayoría de los casos reseñados, en realidad, se trata de lo que se ha denominado la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados[127]. Quizás, supuestos de aplicación del error manifiesto de apreciación, como control del ejercicio del poder discrecional, en estricto sentido, pueden encontrarse en las decisiones del Consejo de Estado sobre error de equivalencia entre empleos públicos (CE 13 nov 1953, *Denizet,* Rec. 489; y CE 15 fév 1961, *Lagrange,* Rec. 121; CE 9 mai 1962*, Commune de Montfermeil,* Rec. 304)[128].

En cuanto al principio de la proporcionalidad como límite al ejercicio del poder discrecional, aun cuando se ha afirmado que no ha sido reconocido plenamente en el sistema francés[129], pensamos que se ha aplicado en muchas decisiones por el Consejo de Estado, comenzando por el *arrêt Benjamin* del 19 de mayo de 1933, en el cual el Consejo de Estado anuló la prohibición de una reunión impuesta por un Alcalde, considerando que «la eventualidad de las perturbaciones... no presentaban un *grado de gravedad* tal que no pudiera, sin prohibir la conferencia, mantener el orden decretando las medidas de policía que

---

123. *Vid.* en J. P. Cajarville, *op. cit.,* p. 106.

124. Conclus, CE, 13 de noviembre de 1970, *Lambert, cit.,* por A. De Laubadère, «Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat Français», *Mélanges offerts a Marcel Waline,* París, 1974, t. II, p. 540.

125. Conclus, CE, 2 de noviembre de 1973, *Librairê François Maspero,* Rec. 611, Long, Weil y Braibant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, cit.,* p. 585.

126. Long, Weil y Braibant, *op. cit*., p. 580.

127. *Vid.* todas las referencias jurisprudenciales en Long, Weil y Braibant, *op. cit*., con ocasión de los comentarios al *arrêt Maspero,* pp. 580-585; J. M. Auby y R. Drago, *op. cit*., t. II, pp. 399-400.

128. *Vid.* las referencias en Long, Weil y Braibant, *op. cit.,* p. 581.

129. Guy Braibant, «Le Principe de la proportionalite», *Mélanges offerts a Marcel Waline,* París, 1974 t. II pp. 297 ss.

le correspondía tomar»[130]. En este caso, como lo observan Long, Weil y Braibant, el juez verifica «no solamente la existencia, bajo las circunstancias del caso, de una amenaza de perturbación del orden público susceptible de justificar una medida de policía, sino también esta medida es apropiada, por su naturaleza y su gravedad a la importancia de la amenaza; él controla así la adecuación de la medida a los hechos que la motivan»[131].

Se trata, sin duda, de la aplicación del principio de la proporcionalidad, es decir, de la adecuación entre las medidas adoptadas y los hechos, lo cual también ha tenido aplicación en Francia en materia disciplinaria a partir del *arrêt Lebon* (CE 9 juin 1978), en el cual el Consejo de Estado, aplicando la técnica del error manifiesto, controló la proporcionalidad de la sanción disciplinaria con la gravedad de la falta[132]. En otra decisión del Consejo de Estado en el *arrêt Vinolay* (CE 26 juillet 1978), conforme al mismo criterio, anuló una destitución de un funcionario, señalando que «si las faltas a reglas de buena administración... eran de tal índole que legalmente justificaran una sanción disciplinaria, ellas no podían legalmente fundamentar, sin error manifiesto de apreciación, una medida de revocación que constituye la sanción mas grave dentro de la escala de las penas»[133].

De lo anteriormente expuesto se puede sacar como conclusión, en materia de control jurisdiccional del ejercicio del poder discrecional, que tanto la jurisprudencia y la doctrina como la legislación, ésta ultima, en particular en América Latina, han venido abandonando la tradicional inmunidad jurisdiccional en esta materia, distinguiendo, incluso, lo que en apariencia es discrecionalidad (como en el caso de la aplicación de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados) y que esta sometida plenamente a control jurisdiccional; de lo que sí es, propiamente, ejercicio del poder discrecional y en relación a lo cual los principios de razonabilidad, lógica, justicia, igualdad y proporcionalidad, comienzan a avanzar en el área de la oportunidad, tradicionalmente excluida de control, para comenzar a ser revisada jurisdiccionalmente.

2. *Los límites derivados de la forma de apreciación de los hechos*

La jurisprudencia en Venezuela ha sido constante en determinar que la "facultad de apreciar las circunstancias en punto a oportunidad y conveniencia"[134] o la "libertad de apreciación de los hechos"[135] por la autoridad administrativa que le deja a la ley, no es controlable jurisdiccionalmente y por tanto no tiene límites que permitan dicho control[136]. Esta ha sido por otra parte la opinión general de la doctrina[137].

En este sentido la antigua Corte Federal ha determinado que "es de la naturaleza de todo acto realizado en ejercicio de una facultad discrecional, el que no pueda ser revisado

---

130. Rec. 541, concl. Michel. *Vid.* en Long, Weil y Braibant, *op. cit*., pp. 217 ss.

131. *Idem*, p. 221.

132. *Cf*. Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, p. 583.

133. *Cit*., en J. M. Auby y R. Drago, *op. cit*., t. 11, p. 400; G. Vedel y Pierre Delvolvé, *Droit Administratif*, París, 1984, p. 801.

134 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal y de Casación* de 4 de junio de 1952, en nuestro trabajo "El Poder discrecional...", *loc. cit.,* p. 191. Asimismo en *GF*, 1ª etapa, Nº 11, 1952, p. 26.

135 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en nuestro trabajo "El Poder discrecional. . .", *loc. cit.,* p. 189- Asimismo en *GF*, 2ª etapa, Nº 22, 1958, p. 133.

136 *Vid.* sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa,* de 5 y 12 de diciembre de 1963 en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* Nº 27.329, 27.342 y 27.344 de 26 de diciembre de 1963 y 13 y 15 de enero de 1964, respectivamente.

137 *Cfr.* Eloy Lares Martínez. *Manual de Derecho Administrativo,* Caracas, 1963, p. 128. Asimismo nuestro libro *Las Instituciones Fundamentales....cit.,* p. 56.

o anulado por otro poder en lo que se refiere al *mérito* o fondo. Esta conclusión resulta evidente, porque de lo contrario, esa facultad discrecional no sería tal, ni propia de un poder"[138].

Asimismo, la jurisprudencia ha señalado que en los actos discrecionales "atendiendo a necesidades de la Administración Pública, la autoridad administrativa, en muchos casos, *apreciará* hechos pasados o consecuencias futuras, y para ello *dispondrá de cierta libertad de apreciación,* sin que quiera significar esto que proceda arbitrariamente"[139].

Ahora bien, ante esta libertad de apreciación otorgada a la administración por la ley, ¿cabe algún límite y por tanto, algún control? Consideramos que el verdadero problema de los límites del poder discrecional es aquí donde se plantea auténticamente, ya que las anteriores consideraciones sobre los límites impuestos por el principio de la legalidad administrativa buscaban delimitar el campo de la discrecionalidad[140].

A la pregunta anterior parece que debe responderse, a primera vista, en forma negativa, pues si la norma jurídica autoriza a la administración "para ejecutar y hacer ejecutar las medidas que juzgue necesarias" en un caso concreto, ello indica que da por buena cualquier solución que adopte la administración.

Sin embargo, *la forma de ejercer esa libertad de apreciación de los presupuestos de hecho* en cuanto a la oportunidad y conveniencia de un acto, sí pueden ser controladas por la autoridad judicial competente, y por tanto, sí tiene límites. Estos límites están constituidos por los Principios Generales del Derecho. En efecto, ya hace más de dos décadas uno de nuestros grandes y clásicos tratadistas, J. M. Hernández Ron, señalaba que "la acción administrativa se puede considerar como discrecional, cuando se realiza según la libre apreciación de las circunstancias que, *con sujeción siempre a la Equidad y a los Principios Generales del Derecho,* hará la Administración"[141]. Por tanto, la facultad de ejercer una actividad administrativa en forma discrecional está limitada por los Principios Generales del Derecho y puede suponer un control jurisdiccional que no implica "una sustitución de la discrecionalidad administrativa por la judicial"[142]. Se trata en efecto de un control que revisa el ejercicio del poder discrecional que formalmente se ha ajustado a la letra de la ley.

La jurisprudencia, por otra parte, ha reconocido la posibilidad que tiene la administración de revisar sus propios actos, sobre todo cuando no lesionan derechos legítimamente adquiridos, cuando éstos no se ajustan a las exigencias de la equidad: "Advertido el funcionario de que su determinación no corresponde a las exigencias de la *equidad,* bien por haberse cometido error de derecho, *bien por que no se apreciaron cabalmente circunstancias de hecho,* la sana lógica y el buen sentido han de inducirlo a la consiguiente rectificación"[143].

Los límites impuestos a la forma de apreciación de los hechos en el ejercicio del poder discrecional por los principios generales del derecho son extensos. Entre esos principios

---

138 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en nuestro trabajo "El Poder discrecional...", *loc. cit.,* p. 190. Asimismo en *GF*, 2ª etapa, Nº 22, 1958, p. 134. *Cfr.* Laureano López Rodo, "Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration. Evolution doctrinal et jurisprudentielle, *RDP*, 1953, Nº 3, París, p. 579.

139 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 26 de noviembre de 1959 en nuestro trabajo "El Poder discrecional. . .", *loc. cit.,* p. 188. Asimismo, en *GF*, 2ª etapa, Nº 26, p. 125.

140 *Cfr.* A. Nieto. "Reducción jurisdiccional...", *loc. cit.,* p. 157; A. De Laubadere, *Traite Elémentaire de Droit Administratif,* 2ª Edición, París, 1957, p. 221.

141 J. M. Hernández Ron, "La Potestad Administrativa discrecional", *loc. cit.,* p. 8

142 A. Nieto, "Reducción jurisdiccional...", *loc. cit.,* p. 157.

143 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 17 de julio de 1953 en *GF*, 2ª etapa, Nº 1, 1953, p. 153.

generales se encuentran el principio de la injusticia manifiesta, el de la irracionalidad, el de la buena fe, el de la proporcionalidad de los medios a los fines, el de la igualdad, y en general todos los principios derivados de los derechos y libertades fundamentales de las personas, puesto que es evidente que la administración no puede, en nombre de sus facultades discrecionales, violar principios constitucionales consagrados como base entera de la organización social y del orden jurídico[144].

Es precisamente por los límites impuestos al ejercicio de los poderes discrecionales derivados de los principios generales del derecho por lo que se afirma que "la discrecionalidad no es arbitrariedad"[145] en forma reiterada por la jurisprudencia[146].

Veamos los diversos límites señalados por la jurisprudencia venezolana al ejercicio del poder discrecional y que pueden considerarse como principios generales del derecho, es decir, como aquellos principios fundamentales de la misma legislación positiva, que no se encuentran escritos en ninguna ley, pero que son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas, de los cuales deben deducirse exclusivamente en fuerza de la abstracción[147].

A. *El principio de la racionalidad*

En sentencia de la Corte Federal de 6 de noviembre de 1958 se expresó que "El uso del verbo "poder", en la oración "podrá reducir las penas", del texto copiado, indica que se está en presencia de una facultad discrecional de la Administración Pública. Poder es tener la facultad o el medio de hacer una cosa, y facultad, el derecho -no el deber ni la obligación-, de hacer una cosa. El Código de Procedimiento Civil, en su artículo 13, da la interpretación jurídica de este verbo, que bien puede aplicarse, no sólo en las actuaciones judiciales, sino en general. Cuando la ley dice: "El Juez o Tribunal puede o podrá", se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o *racional,* en obsequio de la justicia y de la imparcialidad"[148].

En otra decisión referente a las limitaciones a la libertad de cultos que, por otra parte, están sometidos a la suprema inspección de la administración, la antigua Corte Federal señaló que "esa inspección o vigilancia no es puramente contemplativa, sino que implica la facultad de tomar medidas que a juicio del Ejecutivo Nacional aconsejan los superiores

144 *Cfr.* E. García de Enterría, "La lucha por. . .", *loc. cit.,* pp. 178-179. En este mismo sentido M. F. Clavero Arévalo, "La Doctrina de los Principios Generales del Derecho y las Lagunas del Ordenamiento jurídico", *RAP*, Nº 7, 152, p. 101, expresa que los Principios Generales del Derecho "constituyen un límite exterior que no puede ser violado por el contenido de los actos discrecionales, ya que en este sentido se producirá un desbordamiento de la potestad discrecional invadiendo la esfera reglada, cuya norma la constituirán los preceptos administrativos y, en su defecto, los principios generales del Derecho".

145 *Cfr.* J. M. Hernández Ron, "La Potestad discrecional y la Teoría de la Autolimitación de Poderes", *RCADF*, Año VI, Nº 30-31, 1952, p. 8.

146 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 17 de julio de 1953 en nuestro trabajo "El Poder discrecional....", *loc. cit.,* p. 187. Asimismo, en *GF*, Nº 1, 1953, p. 151. *Vid.* Además, sentencias de la antigua *Corte Federal* de 26 de noviembre de 1959 en nuestro trabajo "El Poder discrecional...", *loc. cit.,* p. 188. *Vid.* por otra parte, la sentencia de la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956 en nuestro trabajo "El Poder discrecional. . .", *loc. cit.,* p. 191. Asimismo, en *GF*, 2ª *etapa,* Nº 11, 1956, p. 28.

147 *Cfr.* Nicolás Coviello, *Doctrina General del Derecho Civil,* Uteha, México, 1949, p. 98.

148 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en nuestro trabajo "El Poder discrecional...", *loc. cit.,* p. 189- Asimismo en *GF*, 2ª etapa, Nº 22, 1958, p. 133.

intereses de la Nación, materiales, morales, políticos, industriales, patrióticos o de cualquier otra índole *racional y justa*"[149].

Por tanto, uno de los límites del ejercicio de la libertad de apreciación que implica el poder discrecional, es que éste se ejerza racionalmente, lo que no es sino una consecuencia de ese principio que impone a la administración una actuación lógica y congruente. La irracionalidad y la ilogicidad aparecen entonces como una falta de consecuencia y de nexo lógico entre las distintas partes que forman el acto administrativo, siempre que no sea la ley la que determine su estructura. En este sentido habría ilogicidad por contradicción en la propia motivación o en el propio dispositivo del acto o por falta de correspondencia entre la motivación y el dispositivo[150].

Uno de los supuestos que requiere de racionalidad en el ejercicio de la facultad discrecional es la oportunidad de obrar. Si bien es típico de la discrecionalidad que "la administración no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la *oportunidad de obrar. . .* ello no quiere decir que se obre al arbitrio"[151], es decir, ello no quiere significar que en la elección de ese "momento" se pueda obrar irracionalmente. Por ejemplo, el Reglamento General de Alimentos establece que "corresponde al Ministerio de Sanidad y Asistencia Social todo lo relacionado con la higiene de la alimentación, y en consecuencia. . . adoptar cualquier otra medida sanitaria que se considere conveniente para el mejoramiento de la alimentación en el país"[152]. Ello implica que la autoridad administrativa, para hacer uso de esa facultad discrecional cuando lo "considere *conveniente",* puede tomar cualquier medida sanitaria en vista del mejoramiento de la alimentación, pero siempre que ello sea oportuno. Y aquí hay que hablar de una oportunidad espacial y temporal. No sólo es necesario que el "momento" sea el congruente con la medida adoptada (la prohibición de importar carne de cerdo, aunque ésta haya sido tratada para destruir las triquinas, que disponga la autoridad sanitaria porque existe temor de que esté contaminada, en virtud del alto índice de contaminación que presenta en un momento dado en el país de origen, debe hacerse cuando el "momento" lo exige, y no tiempo después, cuando el peligro de contaminación ha sido erradicado), sino que también debe esa apreciación de la oportunidad tener una referencia espacial (prohibición de importar carne de cerdo de un país dado donde existe alto índice de contaminación, y no prohibición general de importación respecto, a todos los países) . En este sentido la jurisprudencia ha determinado que los actos administrativos discrecionales implican "un juicio *técnico lógico de los hechos, soberanamente apreciados* a través de las respectivas normas jurídicas"[153].

Por otra parte, el poder discrecional debe ser utilizado técnicamente para que sea racional. Es muy clara en este sentido una norma del Reglamento General de Alimentos citado, única en nuestro derecho positivo, que establece: "Cuando en este Reglamento se deje alguna medida, reglamentación o providencia, *a juicio de la autoridad sanitaria, se entien-*

---

149 En este mismo sentido la antigua *Corte Federal y de Casación,* en sentencia de 7 de diciembre de 1937 señaló: "Cuando la ley no establece esas formas especiales para el acto, sino que únicamente establece la facultad de cumplir el funcionario tal o cual acto, la forma de expresión de la voluntad de la administración pública, puede hacerse en las condiciones que juzgue más *conveniente y racional* el funcionario público, siempre que, esa forma de expresión, demuestre claramente la voluntad de la administración". Véase en *Memoria* de 1938, Tomo I, p. 374.

150 *Cfr.* S. Martín-Retortillo Baquer, "El exceso de poder. . .", *loc. cit.,* p. 147.

151 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 17 de julio de 1953 en nuestro trabajo "El Poder discrecional. . .", *loc. cit.,* p. 187. Asimismo en *GF*, 2ª etapa, Nº 1, 1953, p. 157.

152 Artículo 1º, ordinal 10 del Reglamento General de Alimentos.

153 *Vid.* sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa* de 3 de julio de 1961 en *GF*, 2ª etapa, Nº 33, 1961, p. 14.

de que tal medida, reglamentación o providencia *debe estar fundada en principios, normas, directrices o apreciaciones de carácter científico o técnico y de ninguna manera podrá ser el resultado de una actuación arbitraria"*[154]. Este es otro de los límites impuestos al ejercicio del Poder discrecional: éste debe ser usado técnicamente por la autoridad administrativa: La prohibición de utilizar determinados utensilios en la elaboración de alimentos debe estar fundada en razones de carácter técnico, es decir, en que del análisis del utensilio se ha comprobado científicamente que contiene substancias capaces de alterar el alimento.

Claro está, no nos referimos a la llamada "discrecionalidad técnica" que no es controlable jurisdiccionalmente pues se trata de cuestiones que han de resolverse a la vista de un juicio técnico emitido por un órgano especializado de la administración. En estos casos se trata de una "cuestión de mera apreciación, en la cual la autoridad administrativa es precisamente la más autorizada en virtud de su especialización"[155]. Así se ha señalado que "al margen de la jurisdicción contenciosa deberá quedar únicamente el problema de la adecuación o no del acto a las reglas técnicas o de buena administración"[156].

B. *El principio de la justicia*

Pero además de la exigencia de que el acto administrativo discrecional sea racional, la jurisprudencia en distintas decisiones ha exigido que sea *justo.* El poder discrecional está dado a la autoridad administrativa para que ésta obre "según su prudente arbitrio, consultando lo *más equitativo* o racional, en obsequio de la *justicia y de la imparcialidad"*[157]. Por ello la "discrecionalidad no implica arbitrariedad ni *injusticia"*[158], y en todo caso, la potestad discrecional del funcionario administrativo, "no puede traspasar los lindes de la verdad y de la *equidad*"[159].

En este sentido, puede ser controlada jurisdiccionalmente la falta de equidad manifiesta o "iniquidad manifiesta"[160] en los actos discrecionales, así como también su injusticia manifiesta[161].

En este sentido el principio de la equidad como integrante del más amplio de justicia, funciona al lado de la libertad de apreciar la oportunidad, "como uno de los principios inspiradores para la obtención del mejor contenido del acto, tratando que la autoridad administrativa elija entre las diversas soluciones la más equitativa, la mejor que respete los intereses de la administración y de los administradores"[162].

---

154 Artículo 2º del Reglamento General de Alimentos.

155 *Vid.* sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa* de 13 de diciembre de 1962 (CSJ-PA 173-3; 13-12-62 según siglas del *Instituto de Codificación y Jurisprudencia* del Ministerio de Justicia).

156 S. Martín-Retortillo Baquer, "La desviación de poder...", *loc. cit.,* p. 146.

157 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en nuestro trabajo "El Poder discrecional...", *loc. cit.,* p. 189- Asimismo en *GF*, 2ª etapa, Nº 22, 1958, p. 132.

158 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956 en nuestro trabajo "El Poder discrecional...", *loc. cit.,* p. 191. Asimismo, en *GF*, 2ª etapa, Nº 11, 1956, p. 28.

159 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957 en nuestro trabajo "El Poder discrecional...", *loc. cit.,* p. 193. Asimismo, en *GF*, 2ª etapa, Nº 17, 1957, p. 135.

160 *Cfr.* Eduardo García de Enterría, "La interdicción de la arbitrariedad en la Potestad Reglamentaria", *RAP*, Nº 30, 1959, p. 164; M. M. Diez, *El Acto Administrativo,* Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, p. 197.

161 *Cfr.* S. Martín-Retortillo Baquer, "El exceso de poder...", *loc. cit.,* p. 148.

162 M. M. Diez, *op. cit.,* p. 198.

Por otra parte, el acto administrativo discrecional no puede crear situaciones manifiestamente injustas. Clásico es el ejemplo de la jurisprudencia italiana por el cual se "anulaba un acto administrativo de separación por escaso rendimiento de un ferroviario, cuya capacidad había sido notablemente disminuida a causa del servicio"[163], lo que producía una situación *manifiestamente* injusta.

C. *El principio de la igualdad*

Hemos señalado que la jurisprudencia venezolana ha puntualizado que la consagración en la ley de facultades discrecionales para que un funcionario público actúe es hecha además, para que éste obre "según su *prudente arbitrio,* consultando lo más equitativo y racional, en obsequio de la justicia y de la *imparcialidad"*[164]. Por tanto, otro de los límites impuestos al ejercicio del poder discrecional es el que se deriva del principio de la igualdad que impide los tratamientos de favor de parte de la autoridad administrativa en relación a los administrados. Hay en este sentido, igualdad, cuando se toman las mismas medidas en condiciones parecidas o análogas; por el contrario, no hay igualdad -hay desigualdad y parcialidad- cuando en las mismas condiciones se niega a un administrado lo que se ha acordado a otro[165].

El principio de la igualdad, aunque de rango constitucional[166] y por tanto aplicable a todas las actuaciones del Estado, ofrece especial interés en cuanto límite del poder discrecional, pues el ejercicio de éste debe adecuarse especialmente a las exigencias de este principio[167]. De ahí que se haya hablado de la "irracionalidad de la desigualdad"[168].

Existe entonces desigualdad y el acto así dictado puede ser controlado jurisdiccionalmente, cuando surge de la actuación administrativa un disparejo trato de dos o más casos, pese a no existir sustancial diferencia de circunstancias de hecho; o, dicho de otro modo, cuando la actividad administrativa ha discriminado entre supuestos similares, dando a unos y a otros, no obstante su esencial identidad, tratamientos distintos[169]. Por ejemplo, hay evidentemente un trato desigual si frente a dos propietarios de edificaciones en igualdad de situaciones de peligro, es decir que ambas amenazan ruina, se ordena, por la autoridad administrativa a uno la demolición, y no al otro; o si se ordena a uno de ellos con ciertas modalidades lesivas y que no se imponen al otro.

La aplicación del Principio de la Igualdad como límite del poder discrecional, tiene riquísimas posibilidades, y entre éstas, especialmente, la llamada "vinculación del precedente"[170]. Se admite, en efecto, que la contradicción de un acto administrativo con otro anterior emanado en circunstancias análogas produce la violación del principio de la igualdad y como consecuencia, dicho acto, puede ser controlado en ello por la jurisdicción contencio-

---

163 S. Martín-Retortillo Baquer, "El exceso de poder. . .", *loc. cit.,* p. 149.

164 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958, en nuestro trabajo "El Poder discrecional", *loc. cit.,* p. 189. Asimismo, en *GF*, 2ª etapa, Nº 22, 1958, p. 133. Por otra parte véase auto de la antigua *Corte Federal y de Casación en Sala Federal,* de 4 de noviembre de 1949, en *GF*, 1ª etapa, Nº 3, 1949, p. 94.

165 *Cfr.* Stasinopoulos, *op. cit.,* p. 212.

166 Preámbulo y Artículo 61 de la Constitución.

167 *Cfr.* Rafael Entrena Cuesta, "El Principio de la Igualdad ante la ley y su aplicación en el Derecho administrativo", *RAP*, Nº 37, 1962, p. 67.

168 J. F. Linares, *Poder discrecional administrativo (Arbitrio Administrativo), Abeledo-Perrot,* Buenos Aires, 1958, pp. 197-229

169 *Cfr.* E. García de Enterría, "La interdicción. . .", *loc. cit.,* p. 149.

170 E. García de Enterría, "La interdicción. . .", *loc. cit.,* p. 150.

so-administrativa. No hay duda que esta forma de control ofrece máximas posibilidades, pues la administración, frente a supuestos idénticos, no debe sino decidir, en forma también idéntica, entendiendo, sin embargo, que el precedente no vincula a la administración con el rango de fuente del derecho[171].

D. *Principio de la proporcionalidad*

Por último, la jurisprudencia ha señalado expresamente que "el funcionario al obrar discrecionalmente tiene que hacerlo… marcando la exacta correspondencia entre el fin perseguido y los medios utilizables (medio que ofrece la técnica de su actividad)"[172]. Se trata de la aplicación del principio de la proporcionalidad de medios a fines como límite del poder discrecional[173]. En este sentido, la desproporcionalidad entre los fines perseguidos y los medios utilizados puede también ser controlada jurisdiccionalmente. Esa situación puede plantearse en casos como el siguiente: un funcionario comete una falta de poca entidad (contestar de mala forma a un superior); no se discute el hecho considerado en sí mismo; las leyes y reglamentos no prevén la falta, ni fijan la sanción; aunque el poder disciplinario, en principio, es discrecional, no podría destituirse al funcionario porque tal sanción sería *manifiestamente excesiva,* configurando una arbitrariedad[174].

VII. LA DISCRECIONALIDAD NO IMPLICA ARBITRARIEDAD

Luego de analizados los límites impuestos al ejercicio del poder discrecional por el Principio de la legalidad administrativa y por los Principios generales del Derecho en especial, la conclusión no puede ser otra que la reiterada de la jurisprudencia: "*La discrecionalidad no implica arbitrariedad"*[175].

Así la administración, cuando realiza una determinada actividad en ejercicio del poder discrecional, su actuación, además de estar enmarcada dentro de los requisitos legales generales, debe ser racional, justa, igual y proporcional, pues de lo contrario, sería arbitraria, es decir, irracional, injusta, desigual o desproporcionada, lo que produciría la posibilidad de ser controlada jurisdiccionalmente por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Por ello, en materia de ejercicio del poder discrecional se ha hablado de la *"interdicción de la arbitrariedad"* como limitación al mismo[176].

Ahora bien, una de las formas que han utilizado los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa para hacer realmente efectivos esos límites impuestos al poder discrecional, y, por tanto, para lograr un exacto control sobre los actos discrecionales que traspa-

---

171 *Cfr.* S. Martín-Retortillo Baquer. "Exceso de poder...", *loc. cit.,* p. 143.

172 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956 en nuestro trabajo "El Poder discrecional", *loc. cit.,* p. 191. Asimismo, en *GF*, 2ª etapa, Nº 11, 1956, p. 28.

173 *Cfr.* E. García de Enterría, "La interdicción...", *loc. cit.,* p. 130; Merikoski, *Le pouvoir discretionnaire de l'administration,* Bruselas, 1958, p. 44 *cit.* por E. García de Enterria, "La interdicción...", *loc. cit.,* p. 163.

174 *Cfr.* Enrique Sayagues Laso, *Tratado de Derecho Administrativo,* Tomo I, Montevideo, 1953, p. 410, nota Nº 3.

175 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956 en *GF*, 2ª etapa, Nº 11, 1956, p. 28; sentencia de la misma Corte de 17 de julio de 1953 en *GF*, 2ª etapa, Nº 1, 1953, pp. 151-152; y sentencia de la misma *Corte Federal* de 26 de noviembre de 1959, en *GF*, 2ª etapa, Nº 26, 1959, p. 125. Véase asimismo dichas sentencias en nuestro trabajo "El Poder discrecional...", *loc. cit.,* pp. 187, 188 y 192. *Vid.* además sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa* de 8 de junio de 1964 *cit.* en Nota Nº 23.

176 E. García de Enterría, "La Interdicción. . .", *loc. cit.,* p. 160.

sen esos límites, ha sido la de exigir como principio general el de la necesaria motivación, especialmente, de dichos actos discrecionales[177].

Es de destacar la sentencia de 9 de agosto de 1957 de la Corte Federal donde se estableció lo siguiente: "Entre los elementos integrantes del acto administrativo están el motivo y la forma... Pues bien, el motivo del acto administrativo es, como lo enseña la doctrina, el antecedente que lo provoca. Un acto administrativo se integra con tal elemento cuando exista previa y realmente una situación legal o de *hecho,* cuando esa situación es la que el legislador ha previsto con miras a la actuación administrativa. De allí que, vinculado o *discrecional* el Poder de la Administración Pública, cuando están de por medio el interés colectivo y los derechos subjetivos de los administrados, todo acto administrativo, máxime si es revocatorio de uno proferido por el inferior jerárquico, *ha de ser motivado,* o mejor dicho, *fundamentado* con los razonamientos en que se apoya… En este orden de ideas, la forma del acto en lo tocante a la *motivación* del mismo ha llegado a considerarse *sustancial,* en razón de que la *ausencia de fundamentos abre amplio campo al arbitrio* del funcionario... Los actos administrativos deben expresar concretamente la *causa o motivo que los inspira como condición de validez...* De otra parte, la motivación del acto dictado por la Administración no sólo es conveniente como justificativo de la acción administrativa, sino como *medio de permitir el control jurisdiccional sobre la exactitud de los motivos* y su correspondencia con los textos legales en que se funda el acto"[178]. La obligación de motivar el acto administrativo discrecional impuesta por la jurisprudencia, es consecuencia, por otra parte, del principio de que el poder discrecional no está sometido al control de fondo[179]. El juez contencioso-administrativo, entonces, no pudiendo controlar directamente si el ejercicio del poder discrecional ha sido justo en el fondo, salvo en las formas que hemos visto, exige que los aptos discrecionales tengan un elemento *externo* que pruebe que ese poder se ejerció dentro de los límites legales[180] con el objeto de lograr ese control sobre la "exactitud de los motivos y su correspondencia con los textos legales en que se funda el acto"[181].

177 *Cfr.* nuestro libro *Las Instituciones fundamentales..., cit.,* p. 125; Stassinopoulos, *op. cit,* p. 198; José Guillermo Andueza, *El Control en Venezuela de los Actos Ilegales de la Administración Pública.* Publicaciones del Ministerio de Justicia, Caracas, 1959, p. 13.

178 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957, en *GF*, 2ª etapa, Nº 17, 1957, pp. 132 y ss.

179 *Vid.* sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa* de 3 de julio de 1961, en *GF*, 2ª etapa, Nº 33, 1961, pp. 14-15.

180 *Cfr.* Stassinopoulos, *op. cit.,* p. 198.

181 *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957, en *GF*, 2ª etapa, Nº 17, 1957, p. 133.

SEXTA PARTE:

EL RÉGIMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que entró en vigencia el 1º de enero de 1982[1], puede decirse, sin la menor duda, que ha sido la Ley más importante que se ha dictado en relación a la Administración Pública Venezolana Contemporánea. No había sido nunca antes la Administración Pública destinataria de un cuerpo normativo que regulara con tanta amplitud y precisión aspectos centrales de su relación con los particulares, siendo esa la primera vez que se reguló en forma general, la actividad sustantiva de la Administración Pública.

Por ello, se trata de una Ley que difirió de las otras leyes relativas a la Administración Pública que antes existían, pues no se trató de un texto que se refiriera a la organización interna de la Administración, sino que fue una Ley que normó, básicamente, las relaciones de la Administración con los particulares. Por eso, dentro de los aspectos medulares de la Ley está la regulación de las situaciones jurídicas en las cuales se encuentran los particulares frente a la Administración y en las cuales se encuentra la Administración frente a los particulares. Es una Ley, por tanto, que regula, básicamente, relaciones jurídicas entre administrados y Administración, y con base en ello, prevé un conjunto de poderes, prerrogativas y obligaciones de la Administración, por una parte, y por la otra, una serie de derechos y obligaciones de los particulares en sus relaciones con aquella.

Siendo ese el sentido central de la regulación de la Ley, la misma cambió totalmente la situación tradicional de estas relaciones entre Administración y particular. Hasta su promulgación, puede decirse que el balance en esas relaciones había estado a favor de la Administración, de manera que casi todos los poderes, potestades y derechos habían estado en manos de la Administración, con muy pocos deberes y obligaciones frente al particular. El administrado, lo que había encontrado normalmente ante la Administración, eran sólo situaciones de deber, de sujeción, de subordinación, sin tener realmente derechos, ni tener mecanismos para exigir la garantía de su derecho. Por ello, decimos que el balance había estado a favor de la Administración en forma tradicional. La Ley cambió el balance, y a partir de la misma no se trató de una situación de poderes administrativos y de ausencia de derechos de los particulares, sino de una situación de equilibrio entre poderes de la Administración y derechos de los particulares, que se garantizan. Ello, por otra parte, es la esencia del principio de la legalidad y de las regulaciones jurídicas sobre la Administración: el equilibrio que tiene que existir entre poderes y prerrogativas administrativas y derechos de los particulares.

---

1 Véase en *Gaceta Oficial* 2.818 de 01-07-1981. Véase en general sobre la Ley Orgánica, Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas (15 Ediciones)

Al cambiar totalmente el balance de esos dos extremos y establecerse un equilibrio, la Ley planteó necesariamente un cambio de actitud y de forma y método de actuar de la Administración, de manera que debía dejar de ser la Administración prepotente que concedía dádivas o favores al particular, quien, por su parte, no tenía derechos, ni cómo reclamarlos y era aplastado y a veces vejado por la Administración. Con la Ley se sentaron las bases para que ello cambiara, lo que planteó la necesidad de un cambio de actitud y de mentalidad. Ya no se trataba de la existencia de un particular indefenso el que la Administración iba a tener enfrente en las relaciones jurídicas, sino un particular bien armado con muchos derechos legales y con muchos mecanismos jurídicos para garantizar esos derechos y controlar cualquier actitud que significara la desmejora de esas garantías. Por eso, la Ley Orgánica obligó a un cambio de actitud que necesariamente obligó a cambiar la forma de relación de los funcionarios con los particulares. El particular también tuvo que pasar por ese cambio de actitud, porque con la Ley se encontró con muchos mecanismos jurídicos y vías de reclamo, que también debió comenzar a manejar con cierta sensatez

La Ley Orgánica, sin duda, produjo un impacto fenomenal en el funcionamiento de nuestra Administración Pública, similar a una revolución administrativa, pues cambió radicalmente la situación anterior. En efecto, en primer lugar, produjo un cambio de carácter jurídico, al transformar la ausencia de formas generales administrativas en un "formalismo" procedimental positivizado" signado a la vez por el "informalismo", y transformar también la situación anterior de los administrados, de impotencia y sujeción, en una situación colmada de garantías y derechos; y en segundo lugar, produjo un cambio de carácter administrativo, al transformar la irracionalidad anterior por normas y procedimientos técnicos racionales.

§ 22. La regulación del procedimiento administrativo

I. LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Antes indicamos que la Ley Orgánica de procedimientos Administrativos incidió fundamentalmente en dos aspectos sobre el funcionamiento de la Administración Pública, el jurídico y el administrativo, que provocaron un cambio radical respecto de la situación anterior, similar a una revolución administrativa, que sólo su aplicación sucesiva ha consolidado. Las revoluciones en todo caso, estamos convencidos, no se producen de un plumazo, sino que sólo pueden resultar de un esfuerzo deliberado y consciente de transformación continuada, el cual, sin embargo, debe iniciarse mediante un acto formal. La Ley Orgánica, en este sentido, fue el inicio de un proceso de transformación que ya ha dado sus frutos y que los tribunales contencioso administrativos se han encargado de preservar.

1. *Las transformaciones jurídicas*

Hemos señalado, en primer lugar, que la Ley Orgánica produjo profundas transformaciones jurídicas dentro de la Administración Pública, y que se manifiestan en la sustitución de la ausencia total de formas, por un formalismo informal; y de la ausencia de garantías del administrado, por un arsenal de derechos frente a la Administración.

A. *La regulación de las formas y la informalidad*

Antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos puede decirse que el signo característico de la Administración Venezolana era el de la ausencia de formas y procedimientos generales. En contraste con los actos unilaterales del derecho privado, los cuales, precisamente por no ser el resultado de una confrontación de voluntades, el ordenamiento jurídico lo reviste de la mayor formalidad (*p.e.,* hipoteca, donación), en materia de acción unilateral de la Administración (actos administrativos), no se habían establecido formalidades generales, hasta el punto de que la jurisprudencia admitía, como principio, la discrecionalidad procedimental. Frente a esta situación, la Ley Orgánica puede decirse que cambió el panorama, y exige como principio de la actuación administrativa el respeto a las formas que se manifiesta, tanto en la prescripción de formalidades de la actuación de la Administración (procedimientos, trámites) como de formas del acto administrativo. Además, la Ley Orgánica erige el respeto a las formas en un deber de los funcionarios públicos, quienes están obligados a tramitar los asuntos (art. 3), a sustanciarlos (art. 54), a tomar en sus manos el impulso del procedimiento (art. 53), a probar los presupuestos de hecho de los actos administrativos (art. 69), y a decidir los asuntos y recursos en lapsos predeterminados (arts 2, 5, 41, 60, 62, 67, 89). Por otra parte, es indudable que la Ley Orgánica, por primera vez en el ordenamiento jurídico, prescribe formas concretas de los actos administrativos unilaterales (art. 18), positivizando los principios generales que antes regían.

Pero, en concreto, al establecer formalidades, trámites y lapsos, la Ley Orgánica estableció una serie de regulaciones particulares, que modifican radicalmente la práctica anterior.

En efecto, en primer lugar, puede decirse que la Ley Orgánica eliminó el secreto administrativo que como norma existía y de hecho y en la práctica, lamentablemente aún existe en relación a los interesados, y que provocaba que éstos normalmente desconocieran,

no sólo que había procedimientos en su contra, sino el contenido de las actas y documentos en base a los cuales la Administración podía decidir procedimientos en los cuales pudieran resultar lesionados sus derechos e intereses. El fin del secreto administrativo, sin embargo, se produjo con el establecimiento de la obligación de la Administración de notificar a los interesados cuyos derechos o intereses puedan resultar afectados por la acción administrativa (arts. 48, 68), lo que implica el derecho de éstos a ser oídos, a presentar pruebas y alegatos (arts. 48, 58) y previamente, a tener libre acceso al expediente (art. 59) que debe ser uno y único (arts. 31, 51). Con anterioridad a la ley, al contrario, no se garantizaba el derecho a ser oído y a conocer el expediente y, en cambio, lo que imperaba era el secreto administrativo y la reserva de los archivos de la Administración.

Por otra parte, en segundo lugar, el respeto de las formas llevó a la regulación específica de aspectos anteriormente no normados, como los relativos a la Administración consultiva. La Ley Orgánica, en efecto, estableció tres principios fundamentales relativos a la Administración consultiva: en primer lugar, el principio del carácter no obligatorio de las consultas y dictámenes previos para la emisión de un acto administrativo (art. 56), salvo que expresamente la ley lo establezca; en segundo lugar, el principio del carácter no vinculante de las consultas, opiniones y dictámenes (art. 57), salvo que expresamente la ley lo establezca; y en tercer lugar, el principio del carácter no suspensivo del procedimiento por la ausencia de tales dictámenes o consultas (art. 56) salvo que expresamente la ley lo establezca. Quedaron así regulados los principios básicos relativos a la Administración consultiva, que antes no tenían consagración positiva precisa.

Por último, en tercer lugar, y como signo del respeto a las formas que impuso la Ley Orgánica a la Administración, están las normas relativas a la publicación y notificación de los actos administrativos, a los efectos del inicio de su eficacia. Entre otros aspectos, la Ley Orgánica erigió en principio fundamental la exigencia de la notificación como condición para que el acto administrativo de efectos particulares comience a surtir efectos (art. 73), la cual no puede ser suplida, como principio, por la publicación del acto administrativo en la Gaceta Oficial de la República o de la entidad territorial correspondiente. La Ley, a tal efecto, prescribió cuáles actos deben ser publicados en la Gaceta Oficial (art. 72) y en cuanto a las formalidades para la notificación (art. 75), reguló los casos de las notificaciones impracticables, las cuales se suplen, no por publicación en la Gaceta Oficial, sino en un diario de mayor circulación (art. 76). Las regulaciones sobre las notificaciones y publicación de los actos administrativos, en definitiva, transformaron una situación de ausencia de formas anterior, que como en todos los aspectos de la Ley, exigió educación tanto a los funcionarios como a los administrados, para que conocieran el alcance y efecto de sus derechos y obligaciones mutuas.

Las formas y formalidades establecidas, sin embargo, no lo fueron con excesivo formalismo, y más bien se regularon conforme al principio de la informalidad, de manera de hacer prevalecer la eficacia de la acción administrativa y el objeto del procedimiento a las meras formas.

B. *Garantías vs. ausencia de derechos*

Pero el segundo aspecto de las transformaciones jurídicas que provocó la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y que cambió radicalmente la situación anterior, es el de la consagración en la misma de un conjunto de derecho y garantías de los administrados, que antes no existían. Por eso, hemos dicho que la Ley Orgánica estableció un balance entre los derechos de los administrados y los poderes de la Administración que antes no existía, al establecer y regular un derecho fundamental que sólo estaba normado a nivel de principio general del derecho derivado de la Constitución. Nos referimos al derecho a la defensa frente a la Administración, el cual era constantemente vulnerado por ésta. La Ley

Orgánica concretó con creces este derecho a la defensa, al prescribir una serie de derechos derivados: el derecho a ser notificado de todo procedimiento que afecte los derechos subjetivos o los intereses legítimos, personales y directos de un particular (Artículo 48); el derecho a ser oído y a hacerse parte en cualquier momento en un procedimiento administrativo (Artículo 23); el derecho a tener acceso al expediente, a examinarlo y a copiarlo (Artículo 59); el derecho a presentar pruebas y alegatos (Artículos 48, 58); el derecho a que el acto administrativo indique formalmente sus motivos (Artículo 9); y el derecho a ser notificado personalmente de todo acto administrativo que afecte los derechos e intereses legítimos, personales y directos de un particular (Artículo 73) y a ser informado de los medios jurídicos de defensa contra el acto (Artículos 73, 77). Con anterioridad a la Ley Orgánica, estos derechos no tenían consagración expresa, y si bien la jurisprudencia había variado estableciendo algunos de ellos como principios generales del derecho, en global eran pisoteados más que respetados por la Administración.

En todo caso, desde el punto de vista jurídico, la Ley Orgánica no sólo fue el detonante que inició una revolución jurídica en la actuación y práctica administrativas, sino que también ha incidido notablemente en la elaboración teórica del derecho administrativo. La Ley Orgánica, en efecto, puede considerarse como la ley más importante del derecho administrativo venezolano, no sólo porque en ella adquirieron rango de derecho escrito muchos principios generales del derecho administrativo que la jurisprudencia había venido estableciendo, sino porque la interpretación y aplicación sucesiva de sus normas ha provocado un enriquecimiento progresivo de esta rama del derecho, la cual carecía de un cuerpo normativo básico en el cual basar su dogmática. Desde 1982 en cambio se ha dispuesto de una Ley, con la categoría de Orgánica, que ha sido el texto fundamental para la actuación y funcionamiento de la Administración Pública.

2. *Las transformaciones administrativas*

Pero a la revolución jurídica que la Ley Orgánica ha provocado, ha seguido también una revolución administrativa en aspectos no jurídicos de la Administración. La Ley Orgánica, en efecto, al establecer una serie de exigencias en materia de racionalización administrativa, sentó las bases para una revolución administrativa sin precedentes en nuestra Administración Pública.

En efecto, si el signo jurídico de la Administración, antes de la Ley era la ausencia de formas, en materia administrativa era la irracionalidad y la discrecionalidad absoluta en el tratamiento del procedimiento y de las formas y trámites. Frente a esta situación, al contrario, la ley ha prescrito la necesaria uniformización documental (Artículo 32), la unidad de los expedientes (Artículo 31), el establecimiento de sistemas y procedimientos administrativos para mejorar la eficiencia de la administración (Artículo 32), el registro de documentos (Artículo 44) y un sistema amplio de información descendente, (Artículo 33) de manera de abrir a la Administración a los particulares.

La "revolución de las taquillas", en este sentido debió ser un aporte importante de la Ley Orgánica a la acción administrativa: el objetivo era que la información al público de lo que debe o no debe hacerse en los procedimientos, con indicación de los requisitos, formularios y plazos, no fuera un don exclusivo que sólo algunos oscuros funcionarios conocían y dominaban desde detrás de sus taquillas impenetrables, sino que fuera abierta, pública y a la disposición de todos. Este cambio no ha sido fácil, pues es una transformación que incide y lesiona órbitas y ámbitos de poder, a veces más poderosos que el del más alto funcionario: el del portero o del receptor de un documento, de poder rechazar y disponer, tiránicamente, de los derechos e intereses de los administrados.

En definitiva, vinculado al principio de la eficacia, está el principio de la información que exige que la Administración, conforme a la Ley Orgánica, está obligada a informar a

los particulares, adecuadamente, qué es lo que deben saber para que pueda ser eficaz la actividad administrativa y la solicitud ante la Administración. Así, el Artículo 33 de la Ley impone, como obligación a las entidades públicas sometidas a la Ley, que deben preparar y publicar en Gaceta Oficial de la República, reglamentos e instrucciones referentes a la estructura, funciones, comunicaciones y jerarquía de las dependencias. Asimismo, en las dependencias que estén al servicio del público, debe informarse al público por medios adecuados, sobre los fines, competencias y funcionamiento de los distintos órganos y servicios. Con ello se busca que el particular sepa qué es lo que realmente debe hacer, para evitar perder tiempo averiguando ante quién es que tiene que dirigirse, qué debe llevar y qué es lo que debe hacer. El logro de este elemento de información sigue siendo un reto de la Administración de manera que el administrado llegue a una oficina y se encuentre una serie de instructivos que prescriban qué se necesita para cada trámite y procedimiento, y que, además, el particular sea advertido, desde el inicio, como hemos visto, de las omisiones.

3. *Contenido general de la Ley Orgánica*

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos reguló por primera vez en Venezuela, con carácter general, el procedimiento constitutivo y de revisión de los actos administrativos, es decir, el procedimiento conforme al cual la Administración debe formar su voluntad y concluir manifestándola a través de una decisión concreta, de un acto administrativo; así como los recursos que se pueden ejercer contra los mismos[1].

Antes de dicha Ley puede decirse que no había en Venezuela, procedimiento administrativo establecido legalmente con carácter general; en cambio, múltiples leyes especiales preveían procedimientos específicos, así como muchos reglamentos regulaban aspectos concretos del procedimiento, pero no había un cuerpo legal que regulara, en forma general, el procedimiento, como lo hace esta Ley Orgánica. Con la Ley Orgánica, Venezuela se incorporó, así, a una tendencia que se observa en el Derecho Comparado de los países más avanzados en el campo del derecho administrativo, de regular orgánicamente el procedimiento administrativo. Para ello, los proyectistas se inspiraron en la Ley española de Procedimientos Administrativos de 1957, cuyo conocimiento en América Latina tenía una larga tradición, que se remonta a la primera de las leyes del continente en la materia: la argentina de 1967.

Por otra parte, antes de la vigencia de esta Ley Orgánica, el procedimiento administrativo en nuestro país estaba básicamente fundado en principios generales del derecho, que la Ley Orgánica ha positivizado, dándoles fuerza de derecho positivo, escrito, con lo cual aquellos principios, ahora tienen un carácter mucho más vinculante para la Administración, que lo que sucedía anteriormente.

En ausencia de una Ley general como la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la situación anterior era la de una absoluta discrecionalidad del funcionario, para establecer el procedimiento, cuando no había un reglamento o ley especial que lo estableciera, y esta potestad había sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia, al precisar que en ausencia de una ley especial que estableciera formas precisas de procedimiento, la Administración tenia discrecionalidad para determinar cuál podía ser la mejor forma de conducir el procedimiento administrativo hasta producir un acto administrativo. Esta discrecionalidad, llevó a la Corte a establecer, a través de varias sentencias, algunos mecanismos correctivos, y así, por ejemplo, una de las normas que siempre formuló,

---

1 En general, sobre el procedimiento administrativo, véase Hildegard Rondón de Sansó, *El Procedimiento Administrativo,* Caracas 1976, pp. 95 y ss.; Allan R. Brewer-Carías, *El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos,* EJV, Caracas 2000.

fue la de considerar que el procedimiento civil era supletorio para el procedimiento administrativo, ordenando aplicar, en algunos casos, el Código de Procedimiento Civil que rige el procedimiento ante los tribunales ordinarios, en forma supletoria, al procedimiento administrativo, lo cual por supuesto era muy difícil. En algunos casos era posible: por ejemplo, en los supuestos de recurso jerárquico, en ausencia de un lapso específico, la Corte estimaba que debía aplicarse el lapso de cinco días para las apelaciones de sentencias que establece el Código de Procedimiento Civil.

Pero aparte de estos casos concretos de aplicación supletoria, sin duda, el formalismo excesivo del Código de Procedimiento Civil no podía llevarse a la Administración, por lo que la jurisprudencia contencioso-administrativa sostuvo que en el procedimiento administrativo no podía existir la misma técnica formalista que en el proceso civil, con lo cual la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil se hacía complicada.

En ausencia de esa ley general, entonces, leyes especiales para procedimientos muy precisos comenzaron a establecer normas relativas al procedimiento administrativo y en ausencia de regulaciones legales, los reglamentos también empezaron a regular procedimientos. Uno de ellos, y que debe ser citado como ejemplo, fue el Reglamento de la Ley de Regulación de Alquileres, que previo un conjunto de normas, lapsos, recursos, y en fin procedimientos, bastante detallados, y quizás en el momento en el cual se dictó, podría considerarse como el cuerpo normativo más completo que establecía las modalidades del procedimiento administrativo que debía seguirse ante el Ministerio de Fomento con motivo de las solicitudes y recursos en materia de regulación de alquileres[2].

Todo ese panorama disperso cambió con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, produciendo una situación que, en principio es la contraria: una Ley que establece, con carácter general, y con el- rango de orgánica, unos procedimientos que deben ser seguidos por la Administración Pública Central y descentralizada, y que debería ser de aplicación general.

Ahora bien, en términos generales, la Ley, reguló cuatro aspectos fundamentales en relación a la Administración y sus relaciones con los particulares. Por una parte reguló todo un sistema o conjunto de situaciones jurídicas, tanto de la Administración como de los particulares. Aquí la Ley precisó, por una parte, una serie de potestades administrativas y estableció una serie de deberes y obligaciones de los funcionarios, y por la otra, reguló y consagró una serie de derechos de los particulares frente a la Administración, así como también les impuso obligaciones precisas en sus relaciones con aquélla. Este ha sido el primer campo de regulación de la Ley: las situaciones jurídicas de los particulares y de la Administración Pública.

En segundo lugar, reguló el acto administrativo, es decir, el resultado concreto de la actuación de la Administración cuando ésta decide produciendo efectos jurídicos en determinadas situaciones. Reguló con precisión el acto en sus requisitos, para someter a condiciones de validez y de legalidad la actuación de la Administración. Reguló además, los efectos de los actos; su revisión, tanto de oficio como por vía de recurso, y también, la forma de manifestación de las decisiones administrativas, no sólo estableciendo la decisión expresa, sino innovando, al consagrar la decisión administrativa tácita negativa derivada del silencio administrativo. Por tanto, el silencio dejó de ser simplemente una forma de no decidir ni de resolver un asunto para que decayera por el transcurso del tiempo, sino que el silencio administrativo, de acuerdo a esta Ley, comenzó a ser una presunción de decisión,

---

[2] Véase Allan R. Brewer-Carías, “Estudio sobre la Ley de Regulación de Alquileres de 1° de agosto de 1960” en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Nº 113, Año XXIII, Caracas, julio-septiembre 1960, pp. 217-232.

denegando lo solicitado, o los recursos intentados. Al ser una forma tácita de decidir, abrió vías de protección y de recurso para los particulares, a quienes no se les decidan las solicitudes y recursos en los lapsos prescritos. Esto conllevó, también, a ese cambio de mentalidad en la actuación del funcionario, quien muchas veces, simplemente para no decidir un asunto, guardaba silencio, se abstenía y no pasaba nada. Con la Ley comenzó a pasar algo y es que la decisión se comenzó a considerar que se había tomado por el solo transcurso del tiempo en los lapsos determinados que prevé la Ley, considerándose denegado lo solicitado; y esa denegación planteó la posibilidad para el particular de recurrir contra la denegación, sea ante el superior jerárquico, sea ante la vía judicial. Planteó, además, una responsabilidad del funcionario por la omisión y por la no actuación, y si sucedía en forma reiterada, incurría en responsabilidad administrativa.

Además de regular las situaciones jurídicas y los actos administrativos, en tercer lugar la Ley reguló el procedimiento administrativo, es decir, todo el conjunto de trámites, requisitos y formalidades, que deben cumplirse ante la Administración y en esas relaciones entre Administración y particulares, para producir decisiones administrativas, es decir, actos administrativos.

Por último y en cuarto lugar, la Ley reguló las vías de revisión de los actos administrativos en vía administrativa; es decir, el sistema de recursos de reconsideración, de revisión y jerárquico, que comenzaron a permitir al particular, en sus relaciones con la Administración, reclamar formalmente, ante ella misma, no como un favor, sino por vías de derecho, contra los actos administrativos, estando ésta obligada a decidir esos recursos también en tiempo útil determinado, de manera que si no lo hacía, el silencio provoca estos actos tácitos negativos[3].

4. *Ámbito de aplicación de la Ley Orgánica*

El ámbito de aplicación de la Ley Orgánica[4] puede analizarse bajo dos ángulos: por una parte, el ámbito organizativo de aplicación, es decir, a cuáles órganos se aplica esta

---

3 Sobre la Ley de Procedimientos Administrativos y sus antecedentes, véase: Allan R. Brewer-Carías, "Comentarios a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos" en *Revista de Derecho Público,* Nº 7, Caracas 1981, pp. 115-117; Luis E. Farías Mata, *Procedimientos Administrativos,* Materiales de Estudio. Escuela de Estudios Políticos y Administrativos UCV (mimeografiado), 1978; Luis Beltrán Guerra, *El Acto Administrativo. La Teoría del Procedimiento Administrativo,* Caracas 1977; Eloy Lares Martínez, "Los Procedimientos Administrativos" en *Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez Covisa,* Caracas 1975, pp. 481-492; Antonio Moles Caubet, "Vicisitudes del Procedimiento Administrativo en Venezuela" en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas,* Bruselas 1972, pp. 270-276; José Rodríguez Ramos, "Breves notas sobre la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos" en *Revista del Colegio de Abogados del Estado Lara,* diciembre 1981, pp. 105-115; Hildegard Rondón de Sansó, *El Procedimiento Administrativo,* Caracas 1976; Hildegard Rondón de Sansó, "El Procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado" en *Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez Covisa,* Caracas 1975, pp. 577-620; Hildegard Rondón de Sansó, "Análisis crítico de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos" en *Revista del Consejo de la Judicatura,* Nº 22, Caracas 1981, pp. 15-35; Allan R. Brewer-Carías, Hildegard Rondón de Sansó y Gustavo Urdaneta, *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1982*; Allan R. Brewer-Carías, El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, Caracas 1982.* Además, véase la obra colectiva que editó el Instituto de Derecho Público, *El Procedimiento Administrativo,* en el Tomo IV del *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración,* Caracas 1982 (en prensa). En particular, en dicha obra, véanse los trabajos de Antonio Moles Caubet, "Introducción al Procedimiento Administrativo" y de Luis Henrique Parías Mata, "El proceso de elaboración de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos". Asimismo, véase lo expuesto en el *Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional,* Comisión de Administración Pública, Caracas 1972, Tomo II, pp. 391 a 406.

4 Sobre el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica véase Allan R. Brewer-Carías, "Ámbito de la aplicación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos" en *Revista de Control Fiscal,* Nº 104, Caracas 1982.

Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Además, hay un ámbito sustantivo de aplicación, es decir, a cuáles procedimientos se aplica, si es que se aplica a todos los que en esos órganos que caen bajo su regulación, se realizan. Por tanto, este ámbito de aplicación lo analizaremos bajo estos dos ángulos: el ámbito organizativo y el ámbito sustantivo de aplicación de la Ley.

A. *Ámbito organizativo*

El ámbito organizativo de aplicación de la Ley está definido claramente en el Artículo 1º, al señalar que la Administración Pública Nacional y la Administración Pública Descentralizada, integradas en la forma prevista en sus respectivas Leyes Orgánicas, deben ajustar su actividad a las prescripciones de la Ley[5].

Distingue, por tanto, el artículo, dos conjuntos orgánicos: por una parte, la *Administración Pública Nacional* y por la otra, la *Administración Pública Descentralizada.* Una primera observación podría hacerse frente a esta contraposición aparente, y es que la misma no existe, por lo que la Ley incurre en una imperfección: en realidad no se puede contraponer a la Administración Pública Nacional frente a la Administración Pública Descentralizada, porque la Administración Pública Descentralizada también es Administración Pública Nacional; es parte de ella. En realidad, la Ley debió distinguir es entre la "Administración Pública *Central*" y la "Administración Pública *Descentralizada",* ambas formando parte de la *Administración Pública Nacional,* porque en definitiva es a la Administración Nacional a la cual la Ley básicamente se dirige.

Establecida esta contraposición real del ámbito organizativo de la Ley, debe determinarse qué debe entenderse, a los efectos de la misma, por "Administración Central" y por "Administración Descentralizada". La Ley señala que estas administraciones deben estar integradas en la forma prevista en sus respectivas Leyes Orgánicas, las cuales en la actualidad sólo es una: la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001[6].

Por tanto, si la distinción se establece entre Administración Pública Central y Administración Pública Descentralizada, lo que debe precisarse, para determinar el ámbito organizativo de aplicación de la Ley, es qué se entiende por cada uno de estos aspectos.

a. *La Administración Central*

La Ley Orgánica de la Administración Pública define a la Administración Central[7] con la identificación del conjunto de órganos que la integran: los órganos superiores de dirección: el Presidente de la República, el Vicepresidente de la República, el Consejo de Ministros, los ministros y los viceministros (Art. 45); los órganos superiores de consulta: la Pro-

---

5 Sobre la Administración Pública en general véase Allan R. Brewer-Carías, *Fundamentos de la Administración Pública,* Tomo I, Caracas 1980, pp. 241 y ss.; Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo,* Caracas 1978, pp. 457 y ss.

6 *Gaceta Oficial* Nº 37.305 de 17-10-2001. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías y Rafael Chavero, *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002.

7 Sobre la noción de Administración Central al sancionarse la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, véase, Allan R. Brewer-Carías, "Principios Generales de la Organización de la Administración Central, con particular referencia a la Administración Ministerial" en *Revista de Derecho Público,* Nº 2, Caracas 1980, pp. 5-22; Allan R. Brewer-Carías, *Introducción d Estudio de la Organización Administrativa Venezolana,* Caracas 1978. Véase, además, el *Informe sobre la Reforma de Administración Pública Nacional,* Comisión de Administración Pública, Caracas 1972, Tomo I.

curaduría General de la República, el Consejo de Estado, el Consejo de Defensa de la Nación, los gabinetes sectoriales y los gabinetes ministeriales (Art. 45); los consejos nacionales, las comisiones y los comisionados presidenciales (Art. 70); las autoridades únicas de área (Art. 72); y los sistemas de apoyo de la Administración Pública nacional (Art. 73).

En todo caso, no todos los órganos de la Administración Central están regulados sólo en la Ley Orgánica de la Administración Pública; existen órganos, incluso con rango constitucional, que forman parte de la Administración Central, que están regulados en otras leyes como la Procuraduría General de la República regulada en su Ley Orgánica específica.

b. *La Administración Descentralizada*

Pero la Ley también se aplica, dice su Artículo 1º, a la Administración Pública Descentralizada[8], la cual conforme a la Ley Orgánica de la Administración Pública estaría conformada por los institutos autónomos, las empresas del Estado, las fundaciones del Estado y las asociaciones y sociedades civiles del Estado (Arts. 95 y ss). Sin embargo, en nuestro criterio, no toda la Administración Pública Descentralizada está sometida a las prescripciones de la Ley Orgánica de procedimientos administrativos, pues estimamos que la intención del legislador fue que se aplicara a aquellas entidades descentralizadas con forma de derecho público de carácter estatal; elementos que consideramos esenciales para determinar este aspecto del ámbito de aplicación organizativa de la Ley Orgánica.

En efecto, la organización de la Administración Pública Descentralizada, depende, en nuestro país, de la forma jurídica empleada por el Estado para constituir los entes descentralizados. La descentralización es una forma de transferencia de competencias del Estado a otros entes con personalidad jurídica propia distinta del ente territorial que transfiere esas competencias. El Estado no sólo ha utilizado formas de derecho público sino también formas de derecho privado y, por tanto, forman parte de la Administración Pública Descentralizada, no sólo las corporaciones e instituciones públicas en sus diversas formas y, entre ellos, básicamente, los institutos autónomos como típica forma de derecho público de la Administración Descentralizada; sino que también forman parte de la Administración Descentralizada, aquellas entidades constituidas por el Estado con formas jurídicas de derecho privado, como las empresas del Estado y las fundaciones creadas por el Estado.

Sin embargo, de la concepción general de la Ley y de la interpretación racional de este artículo, resulta que la Ley no se aplica, ni podría aplicarse, a las entidades descentralizadas con forma de derecho privado; es decir, no podría aplicarse ni a las empresas del Estado, ni a las fundaciones del Estado, ni a las sociedades civiles del Estado, por la naturaleza de su actuación. La Ley Orgánica, en realidad, sólo se aplica a las entidades descentralizadas con forma de derecho público que la Ley Orgánica de la Administración Pública identifica con los institutos autónomos. Sin embargo, a los efectos de la Ley Orgánica de procedimientos

8 Sobre la Administración descentralizada al momento de sancionarse la Ley Orgánica, véase Allan R. Brewer-Carías, *El Régimen Jurídico de las Empresas Públicas en Venezuela,* Caracas 1980, pp. 35-44; Allan R. Brewer-Carías, *Fundamentos de la Administración Pública,* Tomo I, Caracas 1980, pp. 223-248; Jesús Caballero Ortiz, *Las Empresas Públicas en Venezuela* (en prensa), Caracas 1982; Jesús Caballero Ortiz, "La Administración Descentralizada Funcionalmente" en *Revista de Derecho Público,* N° 8, Caracas 1981, pp. 5 y ss.; Juan Garrido Rovira, "El Instituto Autónomo como forma jurídica de la Administración Pública Nacional Descentralizada en Venezuela" en *Revista de Derecho Público,* Nº 3, Caracas 1980, pp. 23-29; Juan Garrido Rovira, "Descripción de los institutos autónomos de la organización administrativa venezolana" en *Revista de Derecho Público,* Nº 4, Caracas 1980, pp. 110-116; Tomás Polanco, "Los Institutos Autónomos en Venezuela", en *Perspectivas del Derecho Público en el último tercio del siglo XX, Libro Homenaje a Enrique Sayagües Lazo,* Tomo IV, Madrid 1969, pp. 1.073-1.086.

Administrativos, además de los institutos autónomos, también formarían parte de la administración pública descentralizada sometida a la misma, las corporaciones públicas como las comunidades universitarias, (Universidades nacionales) que son entes descentralizados con forma de derecho público de carácter estatal, es decir, que forman parte de la estructura general del Estado.

En sentido contrario, las formas de derecho privado creadas por el Estado no se rigen por la Ley, así como tampoco aquellos entes de derecho público que no forman parte de la estructura general del Estado. En efecto, la Ley Orgánica no se aplica a las entidades descentralizadas con forma de derecho público no estatales, es decir, que no forman parte de su estructura general ni de la organización administrativa del Estado, como serían los Colegios Profesionales o las Academias. Otros establecimientos públicos corporativos, como las Universidades Nacionales, en cambio, por ser estatales sí caerían dentro del ámbito de aplicación de la misma;

Pero debe señalarse, además, que en los entes descentralizados a los cuales se aplica la ley, no toda la actividad realizada por los mismos ni todos los procedimientos que en ellos se desarrollan, se rigen por la Ley Orgánica. No hay que olvidar que muchos de esos entes, a pesar de su forma jurídico-pública y estatal, realizan algunas actividades que se enmarcan completamente en el ámbito del derecho privado, civil o mercantil, en las cuales no se ejercen potestades ni poderes públicos. En estos casos, estimamos que no podría aplicarse la Ley Orgánica, la cual se refiere, básicamente, a los procedimientos que conducen a la emisión de actos administrativos, en los cuales siempre el ente que los dicta ejerce un poder legal de derecho público dando origen a relaciones jurídicas regidas por el derecho administrativo. Por tanto, aquellas relaciones jurídicas que caen bajo las regulaciones del derecho privado, civil y mercantil, no se regirían por las normas de la Ley Orgánica.

c. *Las Administraciones Públicas de otros Poderes Públicos distintos del Poder Ejecutivo*

Pero luego de definir el ámbito organizativo básico de la Ley, el artículo 1º en su párrafo segundo trae una precisión adicional que también tiene que ser aclarada, particularmente conforme a lo dispuesto en la Constitución de 1999. Dice esta norma que "las Administraciones Estadales y Municipales, la Contraloría General de la República y la Fiscalía General de la República, ajustarán igualmente sus actividades a la presente Ley, en cuanto les sea aplicable".

Aquí, lamentablemente, en su momento, la Ley mezcló instituciones que no debieron ser mezcladas: por una parte, menciona entidades político territoriales, como los Estados y Municipios, y a renglón seguido enumera instituciones nacionales como la Contraloría y la Fiscalía General de la República que conforme a la Constitución de 1961 constituían administraciones públicas con autonomía funcional. Si bien todas tenían autonomía, no respondían al mismo principio: en un caso se trata de entes territoriales derivados de la descentralización política del Estado federal, como son los Estados y Municipios; y en el otro caso, se trataba simplemente de entes que gozaban de una autonomía funcional, pero sin que se produjera fenómeno alguno de descentralización, porque no tenían personalidad jurídica propia, como era el caso de la Fiscalía y de la Contraloría General de la República.

La referencia de la Ley Orgánica a esas entidades, sin embargo, se debió a que se trataba de órganos que no formaban parte de la Administración Central ni de la Administración Descentralizada, por lo que se trataba de un tercer género dentro de la Administración Pública Nacional. Además de la Administración Central y de la Administración Descentralizada, había una serie de organizaciones en la Administración Pública Nacional, que se habían venido delineando en nuestro ordenamiento constitucional, y que tenían y gozaban de autonomía funcional, y que, por tanto, no tenían dependencia jerárquica respecto a nin-

guno de los tres clásicos Poderes del Estado, siendo en general, entes que ejercían funciones de control. Ni la Fiscalía ni la Contraloría dependían del antiguo Congreso, ni del Poder Ejecutivo, ni del Poder Judicial, y por eso, el legislador se sintió obligado a mencionarlas expresamente, a los efectos de señalar que esas entidades, siendo parte de la Administración Nacional, estaban sometidas a la Ley Orgánica, pero respetando su autonomía funcional, es decir, en cuanto le sea aplicable.

Pero incluso, bajo la vigencia de la Constitución de 1961, la Fiscalía y la Contraloría no eran los dos únicos órganos con autonomía funcional de la Administración Pública Nacional, pues además de dichos órganos también gozaban de autonomía funcional y a los mismos igualmente se les aplicaba la Ley, el antiguo Consejo de la Judicatura y el antiguo el Consejo Supremo Electoral, que tenían igualmente una base constitucional. El Consejo de la Judicatura porque estaba previsto en el artículo 217 de la Constitución aun cuando creado y regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 34); y en cuanto al Consejo Supremo Electoral, su autonomía genérica estaba prevista en la Constitución (artículo 113) aun cuando había sido creado en la Ley Orgánica del Sufragio. Además, habría que agregar un quinto órgano con autonomía funcional dentro de nuestro sistema administrativo nacional, que funcionó durante unas décadas, y que era la Comisión Investigadora Contra el Enriquecimiento Ilícito creada en la Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos, la cual tampoco tuvo dependencia jerárquica respecto de los tres clásicos poderes del Estado. Por eso, la enumeración de la Ley Orgánica, respecto a los órganos con autonomía funcional, era incompleta, pues no sólo se aplicaba, sin lesionar su autonomía, a la Fiscalía y a la Contraloría General de la República, sino también, en igual forma, al Consejo de la Judicatura y al Consejo Supremo Electoral.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, los antiguos órganos de la Administración Pública con autonomía funcional fueron constitucionalizados como órganos del Poder Público, como resultado de la penta división del Poder Público que establece el artículo 136. El resultado es que la Administración Pública Nacional, entonces, además de contar con la Administración Pública Central y Descentralizada que ejerce el Poder Ejecutivo, ahora está conformada también por la Administración Pública que ejerce el Poder Judicial (Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo), que ejerce el poder Ciudadano (Contraloría General de la República, Ministerio Público y Defensoría del Pueblo) y que ejerce el Poder Electoral (Consejo Nacional Electoral y sus Comisiones). Esta penta división del Poder Público regularizó estos órganos como parte de la Administración Pública Nacional, asegurándoles la autonomía e independencia que requieren como órganos de dicho Poder Publico. En su actividad administrativa y de control al emitir actos administrativos, se regulan por lo dispuesto en la ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, como se desprende de la intención del legislador plasmada en el artículo 1 de dicha Ley.

d. *Las Administraciones Estadales y Municipales*

La Ley Orgánica, en el Artículo 1º, también señala que rige respecto de un tercer grupo de órganos: las Administraciones Públicas Estadales y Municipales[9] y que éstas deben

9 Sobre las administraciones estadales y municipales, en general, véase Alfredo Arismendi, "Organización Político-Administrativa de los Estados en Venezuela", en *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Caracas 1979, Tomo I, pp. 351-382; Alfredo Arismendi, "Régimen constitucional y administrativo de los Estados y Municipios en Venezuela" en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Caracas 1981, Tomo I, pp. 293-312; Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo II, El Poder Público, Nacional, Estadal y Municipal, Universidad católica del Táchira, Caracas 1996; Allan R. Brewer-Carías, *Política, Estado y Administración Pública,* Caracas 1979, p. 123 y ss. Además, en particular, en cuanto a la aplicabilidad

ajustar sus actividades a la misma, *en cuanto les sea aplicable.* En este caso, el problema se complica porque, sin duda, nos encontramos frente a unos órganos de naturaleza distinta. La Ley, hemos dicho, incurrió en una incorrección, pues colocó dentro de un mismo conjunto a las antiguas Contraloría y a la Fiscalía General de la República junto con los Estados y Municipios cuando, en realidad, son de naturaleza absolutamente distinta.

Los Estados y Municipios son entidades político-territoriales, con autonomía territorial derivada del principio de descentralización política que el federalismo venezolano establece, tal como surge de la propia Constitución. Por tanto, al ser entes autónomos territorialmente, conforme al texto fundamental, la Ley Orgánica no debería aplicarse directamente a los Estados y Municipios, ya que es la propia Constitución la que establece qué leyes nacionales pueden aplicarse directamente a esas entidades.

Esta regulación que hace la Ley Orgánica, aun cuando aclare que estas entidades deben ajustar su actividad a las prescripciones de la misma, *en cuanto le sea aplicable,* podía entonces considerarse como de dudosa constitucionalidad conforme a la Constitución de 1961, ya que una ley nacional, salvo en aquellos casos expresamente previstos en la Constitución, no podía aplicarse directamente a los Estados y Municipios, porque esto habría implicado una violación a la autonomía territorial y política de estas entidades, dentro del sistema federal y municipal. La Constitución de 1961 preveía expresamente los casos en los cuales una ley nacional podía aplicarse directamente a Estados y Municipios, por ejemplo, en materia de crédito público (artículos 17, ordinal 4º y 233); en materia de coordinación del situado constitucional (artículos 17, ordinal 3º y 229); en materia de control fiscal (artículos 17, ordinal 3º y 235). En todos estos casos, era la Constitución misma la que autorizaba al legislador nacional a dictar una Ley nacional aplicable a los Estados y Municipios, pero la Constitución no decía, en absoluto, nada respecto a que una ley nacional concerniente a la actividad administrativa y a los procedimientos administrativos, que pudiera ser aplicada a los Estados y Municipios.

La duda, sin embargo, puede decirse que se ha disipado en la Constitución de 1961 en la cual, no sólo se establece una amplia sección en el Título sobre el Poder Público relativa a la Administración Pública (Arts. 141 y ss.), sino que por ejemplo, se regula que la autonomía municipal está sometida a los límites, no sólo que disponga la Constitución sino la ley (Art. 168), estando por otra parte los Estados obligados a cumplir lo que se establezca en las leyes de la República (Art. 159).

En consecuencia, en materia de Administración Pública, puede decirse que la Constitución autoriza a que leyes nacionales relativas a la misma y a los procedimientos administrativos se puedan aplicar directamente a los Estados y Municipios. En todo caso, es evidente que los principios que derivan de una regulación como la de la Ley Nacional es necesario que sea aplicable a los Estados y Municipios, porque si en algún área es indispensable establecer un control y un balance de relaciones entre poderes y derechos, es en el área de los Municipios y los Estados.

Los Estados y Municipios, sin embargo, podrían dictar sus propias leyes de procedimientos administrativos; pero mientras estas leyes y ordenanzas no se dicten, la Ley Orgánica nacional debe aplicarse a los Estados y Municipios, reforzado, además, con el hecho de constituir, muchas de sus normas, principios generales del derecho administrativo.

---

de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos a los Estados y Municipios, véanse los trabajos de Luis Torrealba Narváez y Gustavo Urdaneta en el Libro del Instituto de Derecho Público, *Procedimientos Administrativos,* Tomo IV, *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración* (en prensa), Caracas 1982.

No debe olvidarse en efecto, que la Ley Orgánica, hasta cierto punto es una Ley que le da valor de derecho positivo a una serie de principios generales del derecho que hasta ahora se venían manejando a nivel de la doctrina y de la jurisprudencia. Al encontrarse formulados en una Ley, por tanto, en todo caso los principios generales del derecho que consagra también serían aplicables, como tales principios generales, a los Estados y Municipios. Por ejemplo, el derecho a ser oído, el derecho a la defensa, el derecho a aportar pruebas, el derecho de tener acceso al expediente administrativo, son principios que sin consagración positiva, la jurisprudencia venía garantizando a los particulares. Con la Ley siguen siendo principios que han seguido siendo aplicables a los Estados y Municipios, reforzados por la existencia de un texto positivo.

B. *Ámbito sustantivo*

Además del ámbito organizativo de aplicación de la Ley, con las precisiones señaladas que surgen del Artículo 1º, también podría determinarse un ámbito sustantivo de aplicación. En efecto, determinado a qué órganos se aplica el texto legal; corresponde entonces precisar si la Ley se aplica a todos los procedimientos que se desarrollan ante estos órganos que forman parte de su ámbito organizativo de aplicación, o sólo a algunos de ellos.

En principio podría decirse que la Ley es de aplicación general, pero deben analizarse dos aspectos concernientes a la aplicación preferente de procedimientos previstos en leyes especiales; y a los procedimientos concernientes a la seguridad y defensa del Estado.

a. *Los procedimientos especiales y su aplicación preferente frente al procedimiento general*

El Artículo 47 de la Ley señala que "Los procedimientos administrativos contenidos en Leyes Especiales, se aplicarán con preferencia al procedimiento ordinario previsto en este Capítulo, *en las materias que constituyan la especialidad"*.

Ante todo, se observa que el artículo 47 está ubicado en el Capítulo I del Título III de la Ley, el cual se refiere al *Procedimiento Ordinario,* por lo que la remisión a leyes especiales en principio no se aplicaría a lo regulado en los capítulos siguientes: procedimiento sumario (II); procedimiento en casos de prescripción (III); publicación y notificación de los actos administrativos (IV); y ejecución de los actos administrativos (V). Es decir, la ubicación de la norma permite concluir que el ámbito sustantivo de aplicación de la Ley Orgánica sólo permitiría acudir a las materias que constituyan especialidad en los procedimientos previstos en leyes especiales, cuando ello sea así respecto a las normas del procedimiento ordinario (Capítulo I del Título III) y no respecto a las otras normas del procedimiento administrativo reguladas en los Capítulos II al V del Título III, las cuales regirían en todo caso, aun frente a normas previstas en leyes especiales.

Lo mismo debe advertirse respecto a la regulación que establece la Ley Orgánica en el Título IV sobre la revisión de los actos administrativos y especialmente, respecto de los recursos administrativos. La ubicación del artículo 47 permite afirmar que la remisión que hace a las leyes especiales, sólo se aplicaría al procedimiento ordinario constitutivo del acto administrativo, y no al procedimiento de impugnación. Por tanto, las normas sobre recursos administrativos establecidas en la Ley Orgánica privarían sobre cualesquiera otras previstas en leyes especiales[10].

---

10 Debe señalarse, en cuanto al artículo 47 de la Ley Orgánica, que el Ejecutivo Nacional había propuesto una redacción que luego fue modificada en el Congreso, y que tendía a que tuvieran aplicación preferente, en las materias de su especialidad, respecto del procedimiento previsto en la Ley Orgánica, los procedimientos no sólo regulados en Leyes Especiales, sino en Reglamentos. Esto, por supuesto, habría significado que en un breve tiempo la

En esta norma, la Ley señala, ante todo, que ella no se aplica directamente a todos los procedimientos que se desarrollan en los órganos abarcados en su ámbito organizativo de aplicación, ya que si hay leyes especiales que prevean procedimientos especiales, esos procedimientos especiales se aplicarían con preferencia a los de la Ley Orgánica, en las materias que constituyan la especialidad. En efecto, si hay una ley especial que traiga regulaciones procedimentales que constituyan, realmente, especialidad frente al principio general de la Ley, la Ley Orgánica prescribe que se aplique la ley especial con preferencia. Esto provoca la necesidad de determinar en todos los organismos públicos, cuáles son las leyes especiales que regulan los diversos procedimientos que se aplican a cada Ministerio, para determinar este ámbito sustantivo de aplicación. Pero no basta determinar esos procedimientos especiales, sino que además deben determinarse, en ellos, las regulaciones que constituyan indubitablemente materias que ameritan un tratamiento especial frente al procedimiento general de la Ley.

Pero en esta materia, sin duda, se plantea el problema de los procedimientos especiales previstos en Reglamentos, teniendo en cuenta que el artículo 47 habla sólo de "leyes especiales". En este punto, habría que distinguir diversos supuestos. En unos casos, hay leyes especiales que expresamente remiten al reglamento para la regulación del procedimiento, en cuyo caso habría una remisión legal o delegación hacia un órgano administrativo para regular el procedimiento. En virtud del mandato legislativo, estos procedimientos previstos en reglamentos tendrían aplicación preferente, pero en ellos habría que detectar qué aspectos son especiales, para poder decir qué normas de esos reglamentos se deberían aplicar con preferencia a la Ley Orgánica.

b. *La exclusión de los procedimientos concernientes a la seguridad y defensa del Estado*

Por otra parte, en cuanto al ámbito sustantivo de aplicación de la Ley, ésta excluye expresamente, de su ámbito de aplicación, algunos procedimientos a los cuales no se aplica. El Artículo 106, en efecto, señala que quedan excluidos de la aplicación de la Ley los procedimientos concernientes a la seguridad y defensa del Estado; exclusión que se hizo también por sugerencia del Ejecutivo Nacional en la devolución que hizo al Congreso. Este artículo, que en la publicación definitiva de la Ley quedó ubicado en forma incorrecta, porque está en el Título relativo a las "Sanciones", cuando, en realidad, debía ser una disposición final, establece que de la aplicación de la Ley "quedan excluidos los procedimientos concernientes a la seguridad y defensa del Estado".

Aquí también debe hacerse una precisión sobre el ámbito sustantivo de aplicación de la Ley en cuanto a la determinación de qué debe entenderse por procedimientos concernientes a la seguridad y defensa del Estado, lo cual planteará problemas interpretativos.

Pensamos que a la expresión "seguridad y defensa" no se le debería dar una interpretación amplia porque de lo contrario se podría llegar a la conclusión de que materialmente, casi todo lo que el Estado realiza, quedaría excluido de la aplicación de la Ley. En efecto, si se analiza el texto de los artículos 322 y siguientes de la Constitución y del articulado de la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación[11], se puede llegar a la conclusión de que muy

Ley habría dejado de aplicarse, porque si en cada Reglamento del Ejecutivo, posteriormente, se regulaban procedimientos, la Ley materialmente, en materia procesal administrativa, habría caído en desuso. Por eso, el propio Congreso, cuando reconsideró la Ley por devolución del Presidente, estableció que estos procedimientos especiales que pueden tener aplicación preferente, son sólo los previstos en Leyes Especiales. Quedan a salvo, en todo caso, aquellos procedimientos especiales regulados en Reglamentos en virtud de exhortación expresa de una Ley especial.

11 *G.O.* Nº 37.594 del 18-12-2002.

pocas actividades escapan del interés y el ámbito de la seguridad y defensa. No sólo es el campo militar, y los problemas de la seguridad interior del Estado y de la policía, sino que dentro del concepto amplio de seguridad y defensa que informa la Ley Orgánica de Seguridad de la nación, nos encontramos que ésta comprende, entre otros aspectos, el fortalecimiento de la conciencia de todos los habitantes de la Nación, sobre la importancia de los problemas inherentes a la soberanía e integridad territorial de la República, por lo que, por ejemplo, la producción de estadísticas, el censo y cualquier área de información sobre el número de planteles educativos o de maestros en el país podría ser, en un momento determinado, un problema de seguridad y defensa.

Por eso resulta necesario interpretar esta expresión "seguridad y defensa del Estado", en el sentido de que se refiere a aquellos aspectos que interesan a la defensa, en el sentido de procedimientos vinculados al ámbito militar y al Ministerio de la Defensa, por una parte, y por la otra a la seguridad del Estado, en el sentido de procedimientos vinculados a la seguridad interna y a la policía.

II. LA CONSOLIDACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD ADMINISTRATIVA

Ahora bien, precisado el ámbito organizativo y sustantivo de aplicación de la Ley, debe señalarse que su importancia en cuanto a las regulaciones de la Administración surge, entre otros aspectos, de la consolidación y ampliación de la obligación de la Administración de someterse a la legalidad[12] que se define expresamente en el Artículo 1º. Allí se establece que la Administración Pública ajustará su actividad a las prescripciones de la Ley, utilizando una expresión imperativa: "ajustará". De ello resultan diversas garantías de los particulares frente a la Administración, como una manifestación concreta del Estado de Derecho en nuestro país.

En efecto, la Ley, indirectamente, define y precisa el principio de la legalidad, al establecer, en el artículo 1º, como *una obligación* de todos los órganos que están sometidos a sus normas, el ajustar su actividad a las prescripciones de la Ley. Al prescribir que "ajustarán su actividad", establece la obligación de la Administración, de someterse a la Ley y, en sentido amplio, a la legalidad. No debe olvidarse que la Constitución exige que la Administración Pública actúe "con sometimiento pleno a la ley y al derecho" (Art. 141), y que cuando la Constitución precisa la competencia de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 259) exige que la Administración se ajuste al derecho y, por tanto, no sólo a la ley como fuente formal escrita, sino a todas las otras fuentes escritas y no escritas del derecho, que han conformado tradicionalmente en Venezuela el bloque de la legalidad, y dentro del cual, la mayor importancia la han tenido los principios generales del derecho administrativo, muchos de los cuales la Ley les dio carácter de derecho positivo.

---

12 Sobre el principio de la legalidad, en general, véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas 1964, pp. 21-93; Allan R. Brewer-Carías, *Fundamentos de la Administración Pública*, Tomo I, Caracas 1980, pp. 185-200; Allan R. Brewer-Carías "El principio de la legalidad en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos" en *Revista del Consejo de la Judicatura,* Nº 22, Caracas 1981, pp. 5-14; Eloy Lares Martínez, "El principio de la legalidad aplicado a la Administración" en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 35, Caracas 1967, pp. 45-92; Enrique Meier E., "El principio de la legalidad administrativa y la Administración Pública", *Revista de Derecho Público*, Nº 5, Caracas 1981, pp. 45-56; Antonio Moles Caubet, *El principio de la legalidad y sus implicaciones*, Caracas 1974.

En cuanto a la jurisprudencia sobre el principio de la legalidad, véase en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo,* Tomo I, Caracas 1975, pp. 575-601; Allan R. Brewer-Carías, "Algunas Bases del Derecho Público Venezolano" en *Revista de la Facultad de Derecho,* Nº 27, UCV, Caracas 1963, pp. 143-148. En cuanto a la doctrina administrativa, véase *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1973,* Caracas 1974, p. 121 y ss.

Pero aparte de la esta obligación de la Administración de someterse al derecho, la Ley consolida el principio de la legalidad a través de una serie de regulaciones, las cuales deben analizarse separadamente.

1. *El carácter sublegal de la actividad administrativa*

En primer lugar, la Ley precisa el carácter sub-legal de la actividad y acción administrativa; es decir, que la actividad administrativa, dentro de las actividades del Estado, es una actividad que se desarrolla vinculada y sometida a la Ley por debajo de la Ley, y que, por tanto, no puede invadir competencias que están reservadas constitucionalmente al legislador.

Tradicionalmente se ha considerado que esa reserva legal[13] se define en la Constitución respecto, al menos, a tres aspectos fundamentales: la creación de contribuciones e impuestos; el establecimiento de delitos y sanciones; y la regulación o limitación de las garantías constitucionales. Estas son tres materias tradicionalmente consideradas como de la reserva legal y que, por tanto, la Administración no puede regular. Es decir, la Administración no puede crear impuestos ni establecer contribuciones (artículo 317 de la Constitución); ni puede crear sanciones ni faltas administrativas (artículo 49, ordinal 6 de la Constitución); ni limitar los derechos constitucionales. Estas son materias reservadas al Legislador.

El artículo 10 de la Ley, podría considerarse como redundante frente a la formulación de estos principios que tienen asidero constitucional, pero realmente, no lo es. En efecto, esta norma establece que ningún acto administrativo podría crear sanciones, ni modificar las que hubieran sido establecidas en las Leyes, crear impuestos u otras contribuciones de derecho público, salvo dentro de los límites determinados por la Ley. Esta norma, en realidad, es de mucha importancia. Por una parte, corrobora el carácter sublegal de la actividad administrativa y, por tanto, reformula el principio de la reserva legal en estas materias. Sin embargo, la última parte del artículo debe destacarse cuando señala que la reserva legal existe, pero que la Administración podría regular sobre esas materias "dentro de los límites determinados por la Ley", con lo cual se establece, expresamente, una práctica legislativa que hasta ahora venía aplicándose, y que deriva de que, con frecuencia, el Legislador deja en manos del Ejecutivo, el establecimiento, por vía reglamentaria, de algunas sanciones o la regulación concreta de algunas contribuciones.

Pero aparte de esta posibilidad de que pueda haber una actividad administrativa en estos campos, dentro de los límites determinados por la Ley, la formulación del artículo 10 tiene una enorme importancia en materia administrativa, particularmente en relación a las sanciones administrativas. Todo ese campo de regulación se encuentra en la frontera entre el derecho penal y el derecho administrativo; entre el derecho penal administrativo o las sanciones administrativas; y con esta norma adquiere una regulación precisa: no pueden los actos administrativos y, por supuesto, los reglamentos, que de acuerdo con la Ley son actos administrativos, crear sanciones ni modificar las que hubieran sido establecidas en las leyes.

---

[13] Sobre el tema de la reserva legal en materia administrativa, véase Allan R. Brewer-Carías, "La Hacienda Pública Venezolana. Bases constitucionales para su estudio" en *Revista del Ministerio de Justicia,* Nº 49, Caracas 1964, p. 63 y ss.; Allan R. Brewer-Carías, "Comentarios sobre el sistema de sanciones administrativas en la Ley Orgánica de Protección al Consumidor" en *Revista de Derecho Público,* Nº 7, Caracas 1981, pp. 118-122; Tulio Chiossone, *Las Sanciones en Derecho Administrativo,* Caracas 1973, p. 37; Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo,* Caracas 1978, pp. 58 y 81; *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1978,* Caracas 1979, p. 105 y ss.

Con esta norma, por tanto, se puso límite a toda una práctica viciada de establecimiento de sanciones directamente por la Administración y de la previsión de las infracciones que acarrean esas sanciones, también directamente por la Administración.

El legislador, en esta materia, no ha sido uniforme ni consecuente, pues en este campo ha habido regulaciones de todo tipo. En efecto, con frecuencia se encuentra en muchas leyes especiales, la previsión genérica de sanciones por infracciones indeterminadas de normas, no sólo de esas leyes, sino de reglamentos. Con frecuencia, en esas leyes, después de establecerse sanciones concretas por infracciones de artículos específicos, se agrega un artículo donde se indica, en general, que todas las otras infracciones a esa ley y su reglamento serían sancionadas con multas de monto determinado. Con una cláusula general sancionatoria de esta naturaleza, se deja a la Administración el poder fijar por Reglamento, las infracciones a las cuales se aplica la sanción genérica de la Ley. Sin duda, estas normas legales que establecen esa regulación genérica de sanciones, que permiten a la Administración, en definitiva, luego, establecerlas y aplicarlas, pueden considerarse inconstitucionales.

Pero la práctica administrativa había llevado, inclusive, a que la Administración hubiera creado sanciones aun cuando la formulación de la Ley no fuera genérica, en la forma señalada. En efecto, frente a estas cláusulas genéricas sancionatorias, en otras leyes también podían determinarse otros extremos; por ejemplo, la Ley de Protección al Consumidor establecía un sistema cerrado de sanciones, distinto al mencionado, al precisar que las infracciones a artículos precisos debían ser sancionados con multas también precisas. Es decir, establecí un sistema cerrado sancionatorio, porque preveía una sanción (multa) por violación de artículos determinados de la Ley. No había en la Ley de Protección al Consumidor ninguna norma genérica que dijera que cualquier otra infracción a otras normas previstas en la Ley o en los reglamentos pudiera ser sancionada. Sin embargo, esto no fue impedimento para que el Ejecutivo Nacional, en los Reglamentos Nº 1 y Nº 2 de la Ley de Protección al Consumidor, hubiera previsto que las violaciones a esos Reglamentos serían sancionadas conforme a lo previsto en la Ley; y se hubiera llegado inclusive, a que por vía de Resolución, el Ministerio de Fomento, hubiera previsto que la violación de las normas de una Resolución, debían ser sancionadas conforme a las previsiones de la Ley. Sin embargo, todas esas sanciones que se aplicaban por violación de normas reglamentarias eran absolutamente ilegales, porque ni la infracción ni la sanción tenía consagración legal, sino que eran creación de la Resolución o del Reglamento. Ello además, en su momento fue así declarado por la antigua Corte Suprema de Justicia.

Con este artículo 10 de la Ley Orgánica, en todo caso, ese tipo de regulación sancionatoria administrativa quedó proscrito. Por eso, no el artículo 10 no debe considerarse tan inútil, por parecer como una repetición de un principio constitucional, pues abre un amplísimo campo de control de la actividad administrativa, sobre todo en áreas que tocan directamente a los particulares.

2. *La jerarquía de los actos administrativos*

Además de consolidar el carácter sublegal de la Administración y del acto administrativo y, por tanto, de su sumisión a la Ley, dentro de la consolidación del principio de la legalidad, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece otro principio de enorme importancia, y es el que se refiere a la consagración expresa de la jerarquía de los actos administrativos.

En efecto, el artículo 13 de la Ley también tiene gran importancia para la consolidación de la legalidad, al establecer que ningún acto administrativo podrá violar lo establecido en otro de superior jerarquía. Por tanto, conforme a esta norma, el acto administrativo no sólo debe estar sometido a la Ley y ser de carácter sublegal, sino que, además, tiene que

estar sometido a los otros actos administrativos de jerarquía superior. Es decir, los actos de los inferiores no pueden vulnerar lo establecido en los actos de los superiores, con lo cual se establece expresamente el principio de la jerarquía en la organización administrativa.

La consecuencia de ello es que toda violación de este principio de que el acto administrativo no puede violar lo establecido en otro de jerarquía superior, sería una violación del principio de la legalidad, actuación que sería controlable en vía jurisdiccional.

Pero además, con base a este principio de la jerarquía de los actos, el artículo 14 de la ley precisa cuál es esa jerarquía, estableciendo la siguiente: decretos, resoluciones, órdenes, providencias y otras decisiones dictadas por órganos y autoridades administrativas, con lo cual queda claro que un decreto, por ser emanado del Presidente de la República, se aplica con prioridad frente a resoluciones ministeriales y éstas se aplican con prioridad frente a las otras órdenes, providencias y decisiones, dictadas por órganos inferiores; y en estos, la jerarquía de los actos se determina por la jerarquía de los órganos de los cuales emanan.

La definición legal de los decretos, de las resoluciones ministeriales y de los otros actos administrativos la establece la Ley Orgánica en sus artículos 15, 16 y 17.

3. *La inderogabilidad singular de los reglamentos*

El artículo 13 de la Ley, además de establecer el principio de la jerarquía y del sometimiento de los actos de jerarquía inferior a los actos de jerarquía superior, le da fuerza de derecho positivo a otro principio que también consolida el principio de la legalidad, y es el que se conoce como principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos.

Conforme este principio general, los actos administrativos de efectos generales no pueden ser derogados o vulnerados por actos administrativos de efectos particulares. Ahora bien, la Ley va más allá y establece que los actos administrativos de carácter particular no pueden vulnerar lo establecido en una disposición administrativa de carácter general, "aun cuando fueren dictados por autoridad igual o superior a la que dictó la disposición general". Con esto se establece, también con fuerza de derecho positivo, un principio que sólo había sido antes manejado por la doctrina, según el cual un acto de carácter general no puede ser vulnerado por un acto de carácter particular ni siquiera cuando éste es dictado por un órgano superior. Por tanto, si se dicta una resolución reglamentaria por un Ministro, no sólo este funcionario no puede vulnerarla con sus actos particulares, sino que el Presidente de la República tampoco podría vulnerar dicha disposición general con un acto de efectos particulares.

En esta forma, si el Ministro quiere apartarse de su acto general para decidir un caso concreto, no puede hacerlo sin antes modificar el acto de efectos generales, mediante otro acto de efectos generales, es decir, tiene que reformar la resolución y luego que la reforme, es que puede dictar el acto de efectos particulares que desee. Lo mismo sucedería respecto de los actos del órgano superior: si existe una resolución ministerial de efectos generales, el Presidente de la República no podría mediante un decreto de efectos particulares, modificar el acto ministerial de efectos generales; al contrario tendría que dictar un decreto de carácter general o reglamentario, para luego dictar su acto de efectos particulares pero derogando, previamente, la Resolución o acto general que deseaba modificar. Esta es otra consagración de este importante principio de la inderogabilidad singular de los Reglamentos, aplicable a todos los actos de efectos generales.

4. *El valor del precedente y la irretroactividad de los actos administrativos*

Por otra parte, también dentro de la consolidación del principio de la legalidad, la Ley Orgánica regula, en el artículo 11, una serie de principios que rigen la actividad administrativa, y que se refieren a la posibilidad que tiene la Administración de modificar sus crite-

rios de interpretación en su actuación frente a los particulares. En ese artículo se determina cuál es el valor del precedente administrativo, y se consagra, en forma indirecta, otro principio que es el de la irretroactividad de los actos administrativos[14].

El artículo 11 señala, en efecto, como principio general, que los criterios establecidos por los distintos órganos de la Administración Pública pueden ser modificados; es decir, la Administración no está sujeta a sus precedentes y, por tanto, ante nuevas situaciones se pueden adoptar nuevas interpretaciones. Pero esta posibilidad de la Administración de modificar sus criterios tiene limitaciones: en primer lugar, la nueva interpretación no puede aplicarse a situaciones anteriores, con lo cual, dictado un acto administrativo en un momento determinado conforme a una interpretación, si luego se cambia la interpretación, no puede afectarse la situación y el acto anterior. Por tanto, el nuevo acto dictado conforme a la nueva interpretación no tiene efecto retroactivo.

Ello, sin embargo, tiene una excepción: sin embargo, la nueva interpretación puede aplicarse a las situaciones anteriores, cuando fuese más favorable a los administrados y aquí se sigue también, la orientación del artículo 24 de la Constitución, cuando prescribe la irretroactividad de las leyes, salvo en materia penal, cuando sea más favorable al reo.

En todo caso, esta posibilidad de modificar criterios administrativos y la limitación, en cuanto a la aplicabilidad de los nuevos criterios a situaciones anteriores, tiene una previsión expresa en el propio artículo 11 de la Ley, al señalar que la modificación de los criterios por la Administración no da derecho a la revisión de los actos definitivamente firmes dictados conforme a los criterios anteriores.

En resumen: la Administración puede variar sus criterios, sin embargo, los nuevos criterios no pueden aplicarse a situaciones anteriores, lo que implica que no puede dárseles efectos retroactivos a los actos administrativos. Pero además, el nuevo criterio que se aplique, no le da derecho a un particular, a pedir que el acto que lo afectó en un tiempo atrás, sea modificado, cuando ese acto ya es un acto definitivamente firme; es decir, la Administración no puede verse compelida, cuando varía de criterio, a modificar sus actos dictados conforme a criterios anteriores, por un pretendido derecho del particular, a que variado el criterio, se aplique ese nuevo criterio a las actuaciones precedentes. Esto, además de la irretroactividad del acto administrativo, implica la consagración del principio de la irrevocabilidad de los actos administrativos, es decir, no son libremente revocables, en cuanto a que el particular, en este caso, no tiene derecho a pedir que la Administración modifique libremente sus actos.

5. *La sujeción a la cosa juzgada administrativa*

Es precisamente sobre este aspecto del valor de los actos definitivamente firmes, es decir, del valor de la cosa juzgada administrativa[15], al cual se refiere otro aspecto que consolida el principio de la legalidad en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

---

14 Sobre la irretroactividad de los actos administrativos, véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana,* Caracas 1964, p. 138; Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo,* Caracas 1978, p. 101. En cuanto a la jurisprudencia sobre ello, véase Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo,* Tomo III, Vol. I, Caracas 1976, p. 290 y ss.; En cuanto a la doctrina administrativa, véase *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1964,* Caracas 1965, p. 203.

15 Sobre la cosa juzgada administrativa, véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana,* Caracas 1964, p. 146 y ss. En cuanto a la jurisprudencia, véase Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974* y *Estudios Derecho de Administrativo,* Tomo III, Vol. I, Caracas 1976, p. 296 y ss. En cuanto a la Doctrina Administrativa véase *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1964,* Caracas 1965, pp. 87-90.

Se trata, se insiste, de la obligación que tiene la Administración de someterse a sus propios actos, es decir, de la sujeción a la cosa juzgada administrativa y por tanto, de la limitación a la revocabilidad de los actos administrativos.

La Ley Orgánica consagró expresamente normas de enorme importancia, sobre todo frente a prácticas administrativas viciadas y arbitrarias, manifestadas en las más variadas formas, en todos los niveles de la Administración. En efecto, no era infrecuente encontrar en la acción administrativa, actividades mediante las cuales, pura y simplemente se revocan actos administrativos que estaban definitivamente firmes y que habían cumplido, inclusive, sus efectos. Frente a esa realidad, había sido el trabajo de la doctrina y de la jurisprudencia el que había salido al paso, planteando el principio de la irrevocabilidad de los actos administrativos cuando fueran creadores de derechos a favor de particulares y por tanto, planteando una limitación al poder revocatorio de la Administración. Con la Ley, este principio adquirió consagración expresa, aun cuando en forma indirecta y dispersa.

En primer lugar, se deduce por vía de interpretación a contrario del artículo 82 que consagra la potestad revocatoria, pero dentro de límites precisos, al establecer que los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular, podrán ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, por la misma autoridad que los dictó o por el superior jerárquico. Es decir, la norma consagra el principio de la revocación de los actos administrativos que no creen derechos a favor de particulares, con lo cual, por interpretación a contrario, surge el otro principio que había sido trabajado por la jurisprudencia, el de la irrevocabilidad de los actos administrativos creadores de derecho. Así, un acto administrativo que no crea derechos o intereses legítimos, puede ser revocado en cualquier momento por la Administración. Al contrario, si el acto administrativo crea derechos a favor de particulares, es irrevocable, y esto se confirma en la propia Ley Orgánica, al sancionarse como viciado de nulidad absoluta, aquel acto administrativo que revoque un acto anterior creador de derechos a favor de particulares. El artículo 19, ordinal 2º establece expresamente que son nulos, de nulidad absoluta, los actos administrativos que resuelvan un caso precedentemente decidido por otro acto administrativo, con carácter definitivo y que haya creado derechos particulares.

En esta forma, entonces, encontraron consagración legal los principios relativos a la revocación de los actos administrativos que habían sido establecidos por la jurisprudencia: si el acto no crea derechos a favor de particulares es revocable libremente por la Administración; si el acto crea derechos a favor desarticulares, es irrevocable, y si la Administración lo revoca, ese acto revocatorio es nulo, de nulidad absoluta.

Ahora bien, los actos nulos, de nulidad absoluta, no pueden surtir ningún efecto y pueden ser revisados en cualquier momento sin ninguna limitación, tal como lo establece el artículo 83, al decir que la Administración podrá, en cualquier momento de oficio o a solicitud de parte, reconocer la nulidad absoluta de los actos dictados por ella. Por supuesto, la nulidad absoluta, que es uno de los capítulos centrales de la Ley, no puede alegarse indistintamente ante cualquier irregularidad del acto administrativo. La nulidad absoluta, como vicio de los actos administrativos, está reducida en la Ley a cinco causas establecidas taxativa y expresamente en el artículo 19, de manera que sólo esas causales son origen de la nulidad absoluta y las demás irregularidades o vicios son causas de anulabilidad y, por tanto, de nulidad relativa.

En todo caso, si la Administración resuelve declarar la nulidad de un acto administrativo por considerarlo nulo de nulidad absoluta, tiene que asegurarle a los administrados interesados el derecho a la defensa

6. *Los límites al poder discrecional*

Por último, dentro de la consolidación del principio de la legalidad, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos consagra expresamente, en su artículo 12, los límites al poder discrecional de la Administración[16]. El poder discrecional, sin la menor duda, es esencial para el desarrollo de la actividad administrativa; puede decirse que no habría posibilidad real y efectiva para la Administración de actuar en el campo de la vida económica y social, si no dispusiese de la libertad legal que le permita apreciar la oportunidad y la conveniencia de ciertas actuaciones, y por tanto, juzgando esta oportunidad y conveniencia, adoptar determinadas decisiones. Por ello, el poder discrecional es esencial para la Administración.

Pero, así como es esencial para la Administración, sin duda, el poder discrecional es la primera fuente de arbitrariedad administrativa. Por eso, la discrecionalidad no puede convertirse en arbitrariedad, pero lamentablemente, no pocas veces ese límite se ha traspasado y la acción discrecional ha sido entonces arbitraria. Por eso la discrecionalidad requiere de límites; y los mismos si bien sólo habían sido determinados por la jurisprudencia, la Ley Orgánica le dio valor de derecho positivo a los principios relativos a la discrecionalidad y a los límites de la acción administrativa.

El artículo 12 de la Ley, en efecto, expresamente regula estos límites a la discrecionalidad al establecer que cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad administrativa competente (y, ciertamente, ya la jurisprudencia había reconocido que siempre que la Ley deje alguna medida *a juicio* de la autoridad administrativa, hay poder discrecional), dicha medida, es decir, el acto que se adopte, debe mantener la debida proporcionalidad y la adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarias para su validez y eficacia. Este artículo 12, en relación al principio de la legalidad, tiene una riqueza inmensa, sobre todo en cuanto a las posibilidades de controlar la acción administrativa.

A. *La proporcionalidad*

Por una parte, la ley establece que el acto discrecional debe mantener la debida proporcionalidad, lo cual configura uno de los límites que tradicionalmente la jurisprudencia exigía a la autoridad administrativa frente a la discrecionalidad. El acto discrecional no puede ser desproporcionado, porque la desproporción es arbitrariedad. Si una disposición establece, por ejemplo, que por la infracción de una norma se puede aplicar una sanción entre dos limites, máximo y mínimo, según la gravedad de la falta, a juicio de la autoridad

---

16 Sobre los poderes discrecionales y sus límites, véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana,* Caracas 1964, p. 52 y ss.; Allan R. Brewer-Carías, *Fundamentos de la Administración Pública,* Tomo I, Caracas 1980, pp. 203-222; Allan R. Brewer-Carías, "Los límites al poder discrecional de las autoridades administrativas" en *Ponencias Venezolanas al Vil Congreso Internacional de Derecho Comparado,* Caracas 1966, pp. 255-278 y en *Revista de la Facultad de Derecho, UCAB,* Nº 2, Caracas 966, pp. 9-35; J. M. Hernández Ron, "La potestad administrativa discrecional" en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal,* Nos. 35-36, Caracas 1943, pp. 7-11; J. M. Hernández Ron, "La potestad discrecional y la teoría de la autolimitación de los poderes" en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal,* Nos. 30-31, Caracas 1942, pp. 5-9.

La jurisprudencia sobre el tema puede verse en Allan R. Brewer-Carías, "El Poder discrecional en la jurisprudencia administrativa venezolana" en *Revista de la Facultad de Derecho,* UCV, Nº 28, Caracas 1964, pp. 187-194; en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974* y *Estudios de Derecho Administrativo,* Tomo I, Caracas 1975, pp. 575-621.

En cuanto a la doctrina administrativa, véase *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1966,* Caracas 1967, pp. 182-183; *ídem* 1972, Caracas 1973, p. 369 y ss.

administrativa, dentro de su libre apreciación de la situación, la Administración no puede ser arbitraria y aplicar medidas desproporcionadas. La decisión que tome tiene que ser proporcional al supuesto de hecho.

Por supuesto, la proporcionalidad, como limite a la discrecionalidad, no sólo rige respecto de la aplicación de sanciones, sino en general, respecto de toda medida discrecional que adopte la Administración. Por ejemplo, si los Decretos-Leyes sobre desconcentración industrial autorizaban al Ejecutivo Nacional a decidir el traslado de una industria fuera de Caracas, a cuyo efecto debía fijarle un plazo para el traslado, por más que el Poder Ejecutivo tuviera libertad para determinar el plazo, su duración no podía ser desproporcionada en relación a la magnitud y tipo de la industria que se quería trasladar, sino que tenía que ser proporcionada; de lo contrario, habría arbitrariedad.

B. *La adecuación a la situación de hecho*

Pero, además, la ley establece en ese mismo artículo 12, como otro límite a la discrecionalidad, que el acto debe tener adecuación con los supuestos de hecho que constituyen su causa. Es decir, el acto debe ser racional, justo y equitativo en relación a sus motivos.

Esta exigencia de que el acto discrecional debe mantener adecuación con sus supuestos hechos implica: En primer lugar, que todo acto administrativo debe tener una causa o motivo, identificado, precisamente, en los supuestos de hecho. Por tanto, la causa es un elemento esencial del acto; no puede haber acto administrativo sin causa y sin supuesto de hecho. En segundo lugar, que debe haber adecuación entre lo decidido y el supuesto de hecho y para que ello sea cierto, es necesario que ese supuesto de hecho haya sido comprobado, estando la Administración, obligada a probarlo. El acto, por tanto, no puede estar basado simplemente en la apreciación arbitraria de un funcionario. No basta señalar, por ejemplo, que una fábrica contamina para ordenar cerrarla. Si el funcionario considera que una instalación industrial es contaminante tiene que probar que contamina y debe hacer constar en el expediente cuáles son los efectos contaminantes. Esto implica que la carga de la prueba en la actividad administrativa recae sobre la Administración, como principio general muy importante.

Pero además de probar los hechos o la causa del acto, la Administración debe hacer una adecuada calificación de los supuestos de hecho. Si en el mismo ejemplo, lo que la fábrica emite exhalaciones no tóxicas, por más que el humo salga a la atmósfera, ello no es suficiente para decir que contamina y cerrar la industria. Podría sí, ser el motivo para imponer el uso de filtros adicionales, por ejemplo, pero no podría ser motivo para tomar la medida que se quiera. Por tanto, no sólo se requiere la prueba de los supuestos de hecho, sino la adecuada calificación de los supuestos de hecho.

En estos elementos está, quizás el área más rica de vicios del acto administrativo: el vicio en la causa, en la comprobación de los hechos, en la calificación de los hechos, e inclusive, en la propia existencia del supuesto de hecho. Todo el falso supuesto del derecho procesal encuentra aquí su asidero fundamental en materia de derecho administrativo. Es decir, los actos no pueden partir de falsos supuestos, sino que deben partir de supuestos probados, comprobados y adecuadamente calificados.

Por otra parte, la Administración no puede tergiversar los hechos, que tampoco es infrecuente, sino que debe darles el tratamiento racional a los hechos, comprobados técnicamente. Esto también abre toda una serie de límites derivados de la racionalidad, de la justicia y de la equidad en el tratamiento de los procedimientos.

C. *La finalidad*

El artículo 12, además, exige que el acto discrecional tenga adecuación con los fines de la norma que prevé su emisión por el funcionario. Con esto se consagra legalmente el principio de la necesaria adecuación a la finalidad legal de los actos administrativos, de manera que el funcionario, al dictarlos, no puede desviar esos fines, y perseguir fines distintos a los previstos en la norma, así sean ellos plausibles desde el ángulo del servicio público. La no adecuación a los fines previstos en la norma, da origen al conocido vicio de desviación de poder, previsto expresamente en el artículo 206 de la Constitución.

D. *La formalidad*

Otro límite al acto discrecional, de acuerdo a la última parte de ese artículo 12, es que debe cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia. Por tanto, el acto discrecional no puede nunca ser arbitrario en sus formas; debe cumplir las formalidades previstas en la Ley.

E. *La igualdad*

Además, el acto por más discrecional que pueda ser, no puede ser atentatorio del principio de la igualdad, que es un principio constitucional (art. 21). Por tanto, si en un supuesto de hecho se aplicó una medida a un particular, en otro supuesto de hecho igual debe aplicarse igual medida al otro particular. Por tanto, no es libre la Administración de sancionar, como le venga en gana, a los particulares, de acuerdo a su apreciación aislada, en cada caso, sino que debe respetar el principio de la igualdad, de la imparcialidad, frente a las situaciones jurídicas de los particulares, encontrando la imparcialidad asidero en el artículo 30 de la Ley, y encontrando sanción en un principio al cual nos hemos referido, como es el de la no distorsión de los procedimientos para perjudicar a los particulares, previsto en él propio artículo 3 de la Ley, en conexión con el artículo 100.

III. LAS EXIGENCIAS DE LA RACIONALIZACIÓN ADMINISTRATIVA

El tercer aspecto relativo al alcance de la Ley Orgánica, además de su ámbito de aplicación y de la consolidación del principio de la legalidad, es el relativo a las exigencias de racionalización administrativa[17] que planteó y sobre los cuales hay que llamar la atención, tanto a la Administración como a los particulares, porque va a necesitar un enorme esfuerzo de cambio de mentalidad por la Administración, y, por qué no, de comprensión administrativa por parte de los particulares. Estas exigencias de racionalidad administrativa se plantean en cuatro aspectos distintos: en la racionalización administrativa, en la información descendente, en el tratamiento del procedimiento y en la organización administrativa.

1. *La racionalización administrativa*

En primer lugar, la ley previó principios tendientes a lograr una racionalización administrativa. El artículo 32, por ejemplo, señala la necesidad de la uniformidad de documentos y expedientes administrativos, al exigir que deben ser uniformes de modo que cada serie o tipo de ellos obedezca a iguales características. Esto ha impuesto un enorme esfuerzo

17 En general, sobre el tema de la reforma administrativa, véase Allan R. Brewer-Carías, *Estudios sobre la Reforma Administrativa,* Caracas 1980, e *Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional,* Comisión de la Administración Pública, Caracas 1972, Tomo I. En particular, sobre los efectos de la Ley Orgánica en la materia, véase Tomás Polanco, "El impacto de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos sobre la Administración Pública" en *Revista de Control Fiscal,* Nº 102, Caracas 1981, pp. 9 a 20.

administrativo por uniformizar los documentos administrativos y expedientes, en todo el territorio nacional y en relación a los diversos órganos administrativos. Lo que sí parece evidente es que no puede, cada organismo, por su lado, empezar a inventar documentos y expedientes uniformes. Debería haber algún criterio general que oriente la racionalización administrativa[18].

El artículo 32 no sólo prescribe la necesidad de uniformizar documentos y expedientes, sino que, además, obliga a la Administración a racionalizar sus sistemas y métodos de trabajo y vigilar su cumplimiento, a cuyos fines debe adoptar las medidas y procedimientos más idóneos.

2. *La información descendente*

Pero además de las normas de racionalización administrativa hay otras también vinculadas a la racionalidad de la Administración, como las relativas al establecimiento de un sistema de información administrativa descendente. Es decir, la Ley Orgánica impuso a la Administración, en el Artículo 33, la obligación de informar a los particulares, a cuyo efecto debe preparar y publicar en la Gaceta Oficial, reglamentos e instrucciones referentes a estructuras, funciones, comunicaciones y jerarquías de las dependencias. Asimismo, en todas las oficinas al servicio del público, se les debe informar, por los medios más adecuados, sobre los fines, competencia y funcionamiento de sus distintos órganos y servicios.

Se impone, conforme a esta norma, una obligación de la Administración de informar, lo cual ha tenido consagración constitucional en el artículo 143.

Pero la Ley, no sólo impone la obligación a la Administración de información al público sobre los fines, competencia y funcionamiento de los distintos órganos, sino que al consagrar esta obligación de la Administración, establece un derecho del administrado, a ser informado de lo que cada organismo realiza.

Esto, por supuesto, exigía un cambio de mentalidad en la Administración, pues tradicionalmente el único dueño del saber ha sido el funcionario que está detrás de la taquilla; saber que, en general, no ha compartido o no ha querido compartir, porque ha sido la fuente de su poder, porque de él ha dependido, en definitiva, el curso real del procedimiento. Esto, por supuesto, tendría que cesar, al consagrarse el derecho del particular a ser informado, y a recibir información escrita, de antemano, sobre todos los requisitos y trámites que debe cumplir en un caso concreto.

Este derecho del particular obligó a cambiar el sistema tradicional de inseguridad que a veces colocaba al particular en la posición de seguir un procedimiento a través de un sistema de prueba y error, encontrándose, en cada trámite, que le falta un requisito, que aparecía en la actuación siguiente, haciendo interminable el procedimiento, y nugatorio su derecho.

---

[18] Lamentablemente, en 1976, mediante una decisión administrativa sin sentido, se eliminó la Comisión de Administración Pública de la Presidencia de la República, organismo que podía asumir una función de racionalización de este tipo y que venía asumiéndola desde el año 1958, cuando fue establecida por la Junta de Gobierno del inicio del período democrático. Este organismo fue el que orientó la reforma administrativa y sólo uno similar podría ahora asumir esta tarea. Lamentablemente, en la actualidad no existe la Comisión de Administración Pública y en el aparato administrativo actual no hay ningún organismo encargado de pensar en la racionalización administrativa.

3. *El tratamiento del procedimiento*

A. *La unidad del expediente*

La Ley Orgánica, además, plantea exigencias de racionalidad en el tratamiento del procedimiento administrativo, y particularmente al establecer el principio de la unidad del expediente. El Artículo 31, en efecto, establece que de todo asunto debe formarse un expediente y se debe mantener la unidad de éste y de la decisión respectiva, así intervengan en él diversos Ministerios e Institutos. Cesó así lo que era costumbre normalmente es impuesta por funcionarios subalternos con buen criterio, de poner en una carpeta los escritos que más o menos se referían a un asunto, estableciéndose que se trata de una tarea de racionalización derivada de una exigencia legal, que prescribe que debe haber una unidad del expediente para que exista unidad de la decisión.

Esta exigencia de la unidad del expediente se ratifica en el Artículo 51 de la Ley Orgánica, que exige que, al presentarse una petición o solicitud a la Administración, se abra un expediente administrativo, en el cual se deben incorporar todos los documentos, informes o recaudos relacionados con el asunto.

La unidad del expediente tiene una enorme importancia, pues la Administración no puede llevar, como sucedía con frecuencia, dos o más expedientes sobre un asunto, ubicando en uno de ellos los recaudos que consideraba que podían ser vistos por el particular, y ocultando otros que podían favorecer la petición del interesado. Para que tenga sentido y efectividad el derecho de los administrados de tener acceso al expediente y que regula la Ley Orgánica expresamente en su Artículo 59, la unidad del expediente es la garantía de ese derecho y del derecho a la defensa.

B. *El registro de presentación de documentos*

Por otra parte, en este mismo campo del tratamiento racional del procedimiento, la Ley exige la creación de registros de presentación de documentos en la Administración, El Artículo 44 impone, como obligación, a todos los organismos públicos, el llevar un registro de presentación de documentos, en el cual se deje constancia de todos los escritos, peticiones y recursos que se presenten por los administrados, así como las comunicaciones que puedan dirigir otras autoridades, y remite la organización y funcionamiento del registro, a un Reglamento.

Este Registro tiene una enorme importancia, pues cambió el sistema tradicional de receptoría de correspondencia que se había llevado en los organismos públicos, y que a veces había estado a cargo de funcionarios sin adecuada calificación y cuya función se limitaba, simplemente, a poner un sello de recibo. Conforme á la Ley es necesario que el registro esté a cargo de un funcionario, inclusive de nivel profesional, pues de acuerdo al artículo 46 del texto, no sólo debe darse constancia de recibo de todo lo presentado, con indicación del número de registro que corresponda, sino que, además, el funcionario debe advertir al presentante las omisiones que tiene en su petición o solicitud. Debe insistirse en que el funcionario está obligado a advertir las omisiones de documentos, para que sean subsanadas por los particulares, y no sólo es una potestad, y al realizar esta advertencia a los interesados de las omisiones y de las irregularidades que observen, no puedan negarse a recibir la solicitud.

Por otra parte, el número y orden de recibo tiene otra consecuencia, que es la necesidad de que la Administración respete dicho orden de las peticiones en la resolución de los procedimientos que se deriven. El Artículo 34 de la Ley señala expresamente que, en el despacho de todos los asuntos, se debe respetar rigurosamente el orden en que éstos fueron presentados, con lo cual el registro tiene el efecto de indicar el orden para la resolución de los problemas; y sólo por razones de interés público y mediante una decisión motivada que debe constar en el expediente, puede el Jefe de la Oficina modificar el orden.

Ahora bien, la organización y funcionamiento del registro de recepción de documentos, conforme a la exigencia del Artículo 44 de la Ley, debe establecerse en un reglamento, y a tal efecto, mediante Decreto Nº 1364 de 30-12-81, se dictó el Reglamento del Registro de Presentación de Documentos[19].

De acuerdo al Artículo 1º de dicho Reglamento, en cada organismo de la Administración Pública debe funcionar un registro de presentación de documentos, a los efectos de la recepción obligatoria de los escritos, peticiones y recursos que presenten los administrados, así como de las comunicaciones que puedan dirigir otras autoridades. Desde el punto de vista práctico, sin embargo, no parece clara la mención relativa a "cada organismo de la Administración Pública" a los efectos del funcionamiento del registro. Lo primero que exige determinar en esta norma es si se trata de cada unidad de organización básica de la Administración, por ejemplo, cada Ministerio, cada Instituto Autónomo, cada Oficina Central de la Presidencia, o cada Administración con autonomía funcional. Este parecería ser el sentido de la norma, pues de lo contrario, habría que interpretar la frase "cada organismo de la Administración" literalmente, lo que significaría que en cada unidad organizativa (Dirección General, Dirección, División, Departamento, Sección, Servicio conforme al Artículo 5º de la Ley Orgánica de la Administración Central) habría un registro, lo cual sería inconcebible.

Sin embargo, la primera interpretación también plantea problemas prácticos de concentración y desconcentración. Por ejemplo, para tomar uno sólo, el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, tiene sus oficinas centrales diseminadas en varios edificios situados en distintas partes de la capital y, además, tiene diversas Direcciones Zonales en toda la República. ¿Acaso la expresión del Artículo 1º significa que tiene que haber un solo registro para todo el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables? Este no parece ser el imperativo que plantea la realidad administrativa, pues conduciría a una concentración y centralización más excesiva.

En realidad, la determinación de "cada organismo de la Administración Pública" en los términos del Artículo 1º del Reglamento, debería ser de carácter físico. En el ejemplo propuesto, debería haber un registro de documentos en cada uno de los diversos edificios de las unidades centrales del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables; y, al menos, en cada una de las sedes de las Direcciones Zonales en el interior de la República.

Estos solos comentarios nos evidencian que el Reglamento de Registros de Presentación de Documentos, en realidad, no aclaró nada en este aspecto, quedando por precisarse en qué nivel y en cuáles unidades organizativas es que debe existir el registro de documentos.

El Reglamento, por otra parte, a priori, estableció cual debía ser la estructura organizativa de las unidades administrativas encargadas del registro de presentación de documentos, las cuales, dice el Artículo 2º, deberán contar con tres servicios: de recepción, de registro y de remisión. Al hacer referencia a "la unidad administrativa encargada del registro de presentación de documentos", el Artículo parte del supuesto de que el registro no necesariamente debe dar origen a la creación de una "Oficina de Registro" especial, sino que la función de registro puede ser también encomendada a una unidad organizativa preexistente. Esto fue por ejemplo lo decidido en el antiguo Ministerio de la Secretaría de la Presidencia mediante la Resolución Nº 76 del 4-1-82[20] donde se estableció que el Regis-

19 *G.O.* Nº 32.385 de 4-1-82

20 G. O. Nº 32.385 de 4-1-82

tro de presentación de documentos de ese Despacho ministerial, funcionaría en la Consultoría Jurídica (Artículo 1), a cargo de un abogado y el personal de secretaría necesario (Artículo 2).

El Reglamento, por otra parte, reguló las diversas formas cómo debe ser llevado el registro: en libros foliados, formas continuas, formularios preimpresos o en cualquier otro medio que garantice la seguridad y permanencia del Registro (Artículo 3). Parecía que faltaba en este Artículo 3º la mención de otro de los elementos esenciales que debe garantizar el registro: el orden de presentación de los documentos, a los efectos del orden de decisión conforme a lo establecido en el Artículo 34 de la Ley.

En el Artículo 4º del Reglamento, por otra parte, se enumeraron con precisión los elementos respecto de los cuales se debía dejar constancia en el registro: identificación del interesado o del representante; objeto de la solicitud; número de documentos presentados; número consecutivo de registro; y fecha y hora de presentación. En el mismo sentido, el Artículo 5º precisó los elementos que deben constar en el recibo de recepción de los documentos: número de registro; lugar, fecha y hora de presentación; y las omisiones e irregularidades observadas. En este sentido, el recibo mismo del documento, la oportunidad y forma en la cual los funcionarios del registro deben formular las advertencias que le autoriza el Artículo 45 de la Ley.

Por último, a los efectos de la apertura de los respectivos expedientes, en su caso, y para evitar dilaciones, el Reglamento obliga a los funcionarios del registro a remitir los documentos presentados a la autoridad a quien corresponda tramitar el asunto, en un plazo que no puede exceder de un día hábil (Artículo 6º).

C. *La producción de documentos en serie*

Por último, en materia de procedimiento, otras normas tienen relación con la racionalidad administrativa, y entre ellas las que permiten, por ejemplo, las decisiones en serie, en aquellos casos en los cuales la tramitación de asuntos lo justifique. Así, el Artículo 35 autoriza a la Administración a utilizar procedimientos expeditos, o medios de producción en serie de actuaciones que sean repetitivas o iguales, respetándose las garantías jurídicas de los particulares.

En esta misma producción en serie de actos, respetando las garantías de los particulares, se insiste en el Artículo 36 cuando se señala que la obligación de inhibirse del funcionario no se puede exigir cuando se trata de expedición de certificados adoptados en serie o conforme a modelos, de manera que resulte en extremo difícil advertir la existencia de una causal de inhibición.

D. *La presentación de documentos por correo*

Otra norma que esta llamada a tener repercusiones en relación al tratamiento del procedimiento se refiere a la posibilidad de que los documentos se consideren que han sido presentados en tiempo útil, cuando hay lapsos para ello, si son remitidos por correo al órgano competente de la Administración. A tal efecto, el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, dice el Artículo 43, debe dictar una reglamentación pertinente para la tramitación de estas documentaciones, y por supuesto, de nuevo, las receptorías de correspondencia de los despachos ejecutivos debieron amoldar sus métodos de acción, de manera de poder determinar cuándo una de las documentaciones que llegaba por correo era un documento que debía ir a un expediente o cumplir un trámite determinado.

Con fecha 30-12-81 y mediante Resolución Nº 1304, el Ministerio de Transporte y Comunicaciones dictó la "Resolución Reglamentaria sobre recepción y remisión de documentos por correspondencia[21] en la cual se impuso la obligación a las Oficinas de Correos del Instituto Postal Telegráfico (IPOSTEL), de recibir y remitir las peticiones que los administrados dirijan a la Administración Pública (Artículo 1º), lo cual deberá ser hecho siempre por correo certificado (Artículo 2º).

La presentación de los documentos para su remisión a la Administración debía hacerse necesariamente en originales y copias, en sobre abierto (Artículo 1º). Conforme a lo previsto en el Artículo 3º de la Resolución, el funcionario encargado de la recepción de correspondencia certificada en la Oficina de Correo respectiva debía estampar su firma y el sello de la Oficina en la parte superior derecha de los documentos, con indicación de la fecha y hora de la presentación. Posteriormente, debía entregar al interesado los documentos originales para que éste procediera a introducirlos dentro del sobre, verificando el funcionario el cierre del mismo, quien debía devolver las copias y el respectivo recibo con indicación del número de documentos sellados y firmados.

En todo caso, cuando el administrado tenga interés en conocer la fecha de entrega de la pieza de correspondencia certificada a su destinatario, puede solicitar el servicio de "Aviso de Recibo" de conformidad con el Reglamento de la Ley de Correo.

4. *La determinación de competencias en la estructura jerárquica*

Por último, también dentro de estas exigencias de racionalidad administrativa, la Ley exige que se determinen, con precisión, las competencias, y las funciones de los diversos funcionarios en la estructura jerárquica, a los efectos de la determinación de responsabilidades. Se ha señalado anteriormente que la Ley es un texto que busca un balance entre poderes administrativos y derechos de los particulares, inclinándose hacia éstos. Establece muchos derechos de los administrados, cuyos correlativos son las responsabilidades de los funcionarios por omisión, retardo, o distorsión en los procedimientos. Para aplicar las sanciones previstas en el Artículo 100 y siguiente de la Ley, resulta necesaria la determinación previa de la responsabilidad, lo que exige una acción también de racionalización en la organización administrativa.

Con anterioridad a la ley podía decirse que la responsabilidad administrativa, en general, estaba muy diluida, pues en realidad, muchas personas intervenían en los procedimientos y, en definitiva, no se sabía a quién correspondía. Sin embargo, la Ley estableció un sistema de responsabilidades y de sanciones, lo que ha exigido la determinación con precisión de la responsabilidad; y una tarea amplia de racionalización en cada Ministerio.

En tal sentido, los Reglamentos Orgánicos e Internos de las Administraciones deben establecer, con precisión, las competencias y obligaciones a los efectos de poder exigir luego responsabilidades. Las desconcentraciones y delegaciones administrativas han tenido que obedecer a estos principios de racionalización, porque de lo contrario, se corre el grave riesgo de que, por las omisiones, retardos o irregularidades de un funcionario inferior, pueda resultar responsable el funcionario superior o intermedio, que no tuvo injerencia directa en el asunto. En particular, las delegaciones han tenido que ser hechas en forma precisa, de manera que, si hay delegación de atribuciones ante funcionarios inferiores, se precise exactamente cuál es el ámbito delegado para saber quién es el responsable, el Ministro, el Viceministro o el funcionario inferior.

---

[21] G.O. Nº 32.385 de 4-1-82.

Por ello han tenido importancia los Reglamentos Orgánicos de los Ministerios, pues es en ellos donde se determina la responsabilidad del funcionario. No hay que olvidar que es precisamente en estos Reglamentos donde debe determinarse qué es lo que corresponde a cada oficina, a cada unidad, a cada sección, a cada departamento, y hasta dónde llega la responsabilidad de cada funcionario. Sin esa precisión de responsabilidad, se corre el riesgo cierto de que resulten responsables quienes no lo son, y no respondan quienes realmente deben ser los responsables administrativos por determinadas actuaciones. Esto ha exigido, por tanto, toda una reformulación administrativa que se enmarca dentro de la denominada la reforma estructural de la Administración.

IV. LOS TIPOS DE PROCEDIMIENTOS

1. *Aspectos generales*

A. *Las diversas clases de procedimientos*

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece normas que regulan los diversos tipos de procedimientos[22], los cuales pueden estudiarse desde distintos ángulos.

En primer lugar, la distinción entre el procedimiento general y el procedimiento especial surge del Artículo 47 que ya hemos comentado en diversas oportunidades. Conforme a esa norma hay un procedimiento general que regula la Ley Orgánica, y unos procedimientos especiales regulados en leyes especiales. En relación a esto, expresamente, el Artículo 47 establece que “los procedimientos administrativos contenidos en leyes especiales se aplicarán con preferencia al procedimiento *ordinario”,* que regula la Ley Orgánica, “en las materias que constituyan la especialidad”. El problema a determinar, en cuanto a la aplicabilidad preferente de los procedimientos especiales regulados en leyes especiales, es el que sugiere la parte del Artículo 47 que también hemos comentado, en relación a las materias que constituyen la especialidad, las cuales deben determinarse en cada caso, porque ellas son las que tienen aplicación preferente y no la globalidad de un procedimiento.

En segundo lugar, la Ley distingue tres tipos de procedimientos: por una parte, el procedimiento ordinario, que se regula en el Capítulo I del Título III relativo al procedimiento administrativo; además, regula en el Capítulo II, un procedimiento sumario que puede ser seguido por la Administración y, también, por último, podríamos señalar que hay un procedimiento simple, que es el que se verifica en aquellos casos en los cuales no se requiere sustanciación y que regula el Artículo 5 de la Ley.

Por ello, en tercer lugar, pueden distinguirse los procedimientos que requieren sustanciación de aquellos otros que no lo requieren y, en cuanto a lo que requiere sustanciación, éstos pueden ser ordinarios o sumarios, según los casos.

En definitiva, todas estas clasificaciones pueden agruparse en dos categorías globales: procedimientos que se inician de oficio o procedimientos que se inician a instancia de parte.

Los procedimientos que se inician a instancia de parte pueden o no requerir sustanciación. Si no requieren sustanciación, serían procedimientos simples regulados en el Artículo 5 de la Ley, y si requieren sustanciación, serían procedimientos ordinarios regulados en los Artículos 47 y siguientes de la Ley.

---

22 Sobre las clases de procedimientos administrativos, véase Hildegard Rondón de Sansó, *El Procedimiento Administrativo,* Caracas 1976, p. 41 y ss.; Hildegard Rondón de Sansó, “Estudio Preliminar” en *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos,* EJV, Caracas 1981, p. 49 y ss.

Los procedimientos que se inician de oficio pueden ser ordinarios (Artículos 47 y siguientes) o sumarios (Artículos 67 y siguientes).

Por último, debe señalarse en cuanto a la distinción de los procedimientos, que es claro que la Ley trae también una distinción clásica y fundamental de los procedimientos, entre el procedimiento constitutivo o de formación de los actos administrativos, y el procedimiento de impugnación de los mismos, configurado, este último, por los recursos administrativos que estudiaremos más adelante.

B. *Los términos y plazos*

Por otra parte, también debe hacerse referencia a las regulaciones generales sobre términos y plazos que establecen los Artículos 41 al 43 de la Ley, y que inciden sobre la obligatoriedad de los mismos, su inicio y forma de su cómputo, y el vencimiento

a. *La obligatoriedad de los términos*

El Artículo 41 de la Ley establece que los términos o plazos establecidos en la Ley Orgánica y en otras leyes relativas al procedimiento administrativo, obligan por igual, y sin necesidad de apremio, tanto a las autoridades y funcionarios competentes para el despacho de los asuntos, como a los particulares interesados en los mismos.

b. *Inicio de los plazos*

En cuanto al inicio de los plazos la Ley prevé expresamente en su Artículo 42 que éstos "se contarán siempre a partir del día siguiente de aquél en que tenga lugar la notificación o publicación del acto administrativo".

c. *Forma de cómputo*

Además, la Ley establece la forma de cómputo de los términos o plazos, según se indiquen por días o sean mensuales o anuales.

a'. *Lapsos de días*

En cuanto a los términos o plazos que estén establecidos por días, el Artículo 42 prescribe que se computarán exclusivamente los días hábiles, salvo disposición en contrarío. Por tanto, sólo cuando una ley disponga expresamente un lapso en días *continuos* se contarán en esa forma; de resto, si la ley habla solamente de *días,* se entiende que se trata de días hábiles.

La precisión general de la Ley Orgánica tiene importancia, lo cual se evidencia si se comparan dos lapsos previstos en el ordenamiento en materia de silencio administrativo. En efecto, el Artículo 21, párrafo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, prevé la posibilidad de intentar un recurso contencioso-administrativo contra el acto que no cause estado, cuando no ha sido decidido el recurso administrativo respectivo, en un lapso de 90 días "continuos", vencido el cual se abre el lapso del recurso contencioso. Esta norma recoge los mismos principios que estaban establecidos en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 (Art. 134), pero en la misma constituye una única novedad el establecimiento de que los 90 días referidos de silencio administrativo en la decisión de los recursos administrativos se cuentan como días "continuos", cuando conforme a los artículos 42 y 91 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos deberían contarse como días hábiles, tal y como además lo precisó la sentencia de la Sala Constitucional de 31-07-2003 (de revisión de la sentencia de la Sala Político Administrativa No. 1.378 de 26-11-2002 Caso*: RCTV C.A.*) en la cual se consideró inconstitucional la interpretación que la Sala Político Administrativa había dado a la norma del artículo 134 de la derogada Ley (que hablaba de días "consecutivos") en el sentido ahora regulado en la nueva Ley Orgánica.

Por otra parte, el establecimiento de lapsos por días hábiles revaloriza la Resolución anual que regularmente debe dictar el Vicepresidente Ejecutivo o el Ministerio de asuntos interiores a comienzos de cada año, en la cual se deben establecer los días no laborables en la Administración Pública, pues de acuerdo con el Artículo 42 de la Ley Orgánica, debe entenderse por días hábiles los días laborables de acuerdo al calendario de la Administración Pública.

Por último, debe señalarse que esta forma de cómputo de los lapsos en días, por días hábiles, se aplica a todos los lapsos que por días establece la Ley. Así, los procedimientos que conforme al Artículo 5º no requieren sustanciación, deben concluir en un lapso de 20 días hábiles y los procedimientos que se realicen en forma sumaria deben concluir en un lapso de 30 días hábiles conforme a lo previsto en el Artículo 67 de la Ley. Asimismo, todos los lapsos para interponer y decidir los recursos administrativos previstos en los Artículos 91 y siguientes de la Ley se cuentan también por días hábiles.

b'. *Lapsos de meses y años: vencimiento*

En cuanto a los lapsos establecidos por meses o años, el mismo Artículo 42 establece que concluirán en día igual al de la fecha del acto del mes o año que corresponda para completar el número de meses o años fijados en el lapso. En todo caso, si el lapso debe cumplirse en un día de que carezca el mes, se entiende vencido el último de ese mes, y si dicho día fuese inhábil, el término o plazo respectivo expirará el primer día hábil siguiente.

C. *La utilización del correo*

De acuerdo a lo establecido en el Artículo 43 de la se entiende que los administrados han actuado en tiempo hábil cuando los documentos correspondientes fueren remitidos por correo al órgano competente de la Administración con anterioridad al vencimiento de los términos y plazos y siempre que haya constancia de la fecha en que se hizo la remisión.

La Ley exigió, a tales fines, que el Ministerio con competencia en materia de comunicaciones dicte una reglamentación específica, y ello se realizó por ejemplo, mediante una "Resolución Reglamentaria sobre recepción y remisión de documentos por correo" Nº 1304 del 30 de diciembre de 1981[23].

2. *El procedimiento ordinario*

A. *Procedencia*

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no prescribe, en forma clara, cuándo debe seguirse necesariamente el procedimiento ordinario y cuándo el sumario, y al contrario, otorga a la Administración en su Artículo 67 un excesivo poder discrecional para determinar, "cuando lo estime conveniente", seguir el procedimiento sumario.

Sin embargo, de esta norma puede sacarse como principio general que cuando un procedimiento requiera sustanciación debe seguirse el procedimiento ordinario, salvo que la Administración decida expresamente seguir el procedimiento sumario, lo cual requeriría de decisión expresa.

Por otra parte, este poder discrecional de la Administración de optar por seguir un procedimiento sumario no es ilimitado, y no puede coartar los derechos del interesado. Para su aplicación, por ejemplo, habría que distinguir el tipo de actuación de la Administración en el sentido de si es de oficio o a instancia de parte. En los procedimientos que se inician a

---

23 *G.O.* Nº 32.385 de 4-1-82, la cual ha sido comentada.

instancia de parte y requieren sustanciación, siempre debe seguirse el procedimiento ordinario, y no puede la Administración disponer que se siga el procedimiento sumario, pues conforme al Artículo 67, éste se reserva a los que se pueden iniciar de oficio. En estos procedimientos que se inician de oficio, y pueden conducir a la aplicación de sanciones, la garantía de los particulares exigiría la aplicación del procedimiento ordinario, en el cual se permite al particular ejercer adecuadamente su derecho a la defensa. Sin embargo, en todo caso, la Administración posee un poder discrecional amplio, que debe utilizar dentro de los límites establecidos en el Articulo 12 de la Ley Orgánica.

B. *Iniciación*

El procedimiento ordinario, de acuerdo al Artículo 48 de la puede iniciarse de oficio o a instancia de parte; v además, puede iniciarse en los casos en los cuales la Administración, conforme a lo indicado en el Artículo 68 de la Ley, determine convertir un procedimiento sumario en ordinario. En este sentido, dicha norma expresamente dispone que... "Iniciado el procedimiento sumario, el funcionario sustanciador con autorización del superior jerárquico inmediato y previa audiencia de los interesados, podrá determinar que se siga el procedimiento ordinario, si la complejidad del asunto así lo requiere".

En todo caso, aquí se trata de una modalidad, porque la distinción básica, de iniciación del procedimiento ordinario a instancia de parte o de oficio sigue vigente, pues aun en estos casos de transformación de un procedimiento sumario en ordinario, hay que recordar que el procedimiento sumario se inicia también a instancia de parte o de oficio.

a. *Iniciación de oficio*

a'. *Apertura*

Cuando el procedimiento se inicia de oficio, por la Administración, la Ley prescribe en el Artículo 48 que esta iniciación se haga formalmente y, por tanto, tiene que haber una especie de acto de trámite formal que ordene el inicio del procedimiento. Así, expresamente señala la norma que en caso de que el procedimiento se inicie de oficio, la autoridad administrativa competente o una autoridad administrativa superior, "ordenará la apertura de un procedimiento". Por tanto, tiene que haber una decisión formal que acuerde la apertura del procedimiento y ese acto debe constar por escrito, siendo, por supuesto, un acto de trámite que debe aparecer al inicio del expediente (acta)[24].

Ahora bien, la Administración para iniciar un procedimiento de oficio, tiene que tener conocimiento de determinados hechos, y ello puede ocurrir por denuncia de algún particular o por la actuación de un funcionario. Así, es muy frecuente que se planteen ante la Administración denuncias formales y escritas, firmadas o anónimas, verbales e inclusive por lo medios de comunicación social, en las cuales se ponga en conocimiento de la Administración alguna situación que amerite la apertura del procedimiento. En estos casos, con base en cualesquiera de esos elementos, la Administración puede ordenar la apertura del procedimiento, si estima que determinados hechos ameritan una actuación administrativa.

Estos procedimientos que se inician de oficio mediante denuncias son normalmente procedimientos de carácter sancionatorio en los cuales la Administración, al tomar conocimiento de un asunto está en la obligación de realizar una investigación o averiguación para concluir normalmente, en un acto sancionatorio.

---

[24] Sobre las "Actas" como forma de inicio de los procedimientos de oficio, véase la jurisprudencia en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corté Suprema* 1930-*1974 y Estudios de Derecho Administrativo,* Tomo III, Vol. I, Caracas 1976, p. 155 y ss. Véase, además, la Doctrina de la Procuraduría General de la República 1978, Caracas 1979, p. 102.

Muchas veces, el acto inicial de apertura de un procedimiento está motivado por una actuación de algún funcionario, que ha tomado conocimiento de determinados hechos. Se trata de "las actas" que determinados funcionarios tienen competencia para levantar respecto de determinados hechos, y que regula el ordenamiento jurídico. Estas actas, en efecto, son determinantes en los procedimientos fiscales y, también, en los procedimientos sancionatorios. En estos casos, la Ley atribuye facultades a funcionarios fiscalizadores para levantar un acta de hechos, que debe ser firmada por el funcionario y, normalmente, al realizarse en presencia del interesado, también éste debe suscribirla, y esa acta es lo que, normalmente, luego va a motivar la decisión formal de apertura del procedimiento.

b'. *La audiencia del interesado*

En los procedimientos que se inician de oficio, el primer acto de trámite que debe realizarse en el procedimiento ordinario, una vez que se abre el expediente, es la audiencia del interesado[25]. La Ley es rigurosa en los procedimientos de oficio, al exigir que abierto el expediente y el procedimiento, lo primero que debe hacer la Administración es notificar a los particulares cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos, personales o indirectos, pudieren resultar afectados; notificación que debe realizarse de acuerdo a lo establecido en el Artículo 73 de la Ley Orgánica.

Debe señalarse que esta notificación tiene el efecto de configurarse, en estos procedimientos que se inician de oficio, en el momento en el cual comienza el término máximo de resolución de los expedientes, conforme a lo establecido en los Artículos 60 y 61 de la Ley.

La Ley habla de particulares, y no de interesados pues al tratarse del inicio de un procedimiento, y de oficio, lo que hay son simplemente particulares, administrados, que la Administración estima que están lesionados en sus derechos e intereses. Si estos particulares acuden ante la Administración, y se hacen parte, con la legitimación requerida, adquieren el carácter de interesados que prevé el Artículo 22 de la Ley. Al notificarse a esos particulares, la Ley establece que tienen un plazo de 10 días hábiles para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones.

Esta norma, sin duda, al exigir que se notifique a los particulares cuyos derechos o intereses puedan resultar lesionados con la actividad administrativa, consagra la base para que puedan ejercer su derecho a la defensa. Sin embargo, al establecer un plazo parece limitar innecesariamente este derecho.

En efecto, el Artículo 48 concede a los interesados un lapso de 10 días hábiles para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones. Esta norma debe interpretarse. En efecto, en otras normas como la del Artículo 23, la Ley señala que la condición de interesados la tienen personas aun cuando no hubieren intervenido en el inicio del procedimiento, agregando que en tal caso pueden "apersonarse, en el mismo, en cualquier estado en que se encuentre su tramitación". Por tanto, se prescribe la posibilidad del interesado de hacerse parte en el procedimiento en cualquier momento.

Ahora bien, si el interesado puede hacerse parte en cualquier estado del procedimiento, y si, además, el interesado tiene derecho a tener acceso al expediente, de acuerdo al Artículo 59, "en cualquier estado o grado del procedimiento", o sea, sin límites, no parece congruente que se interprete el Artículo 48 en el sentido de que el lapso de 10 días hábiles para que se expongan pruebas y se aleguen razones, es un lapso preclusivo en el sentido

25 Sobre el derecho a la audiencia del interesado véase, *Revista de Derecho Público,* Nº 6, Caracas 1981, pp. 143-146; y en cuanto a la doctrina administrativa véase *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1969, Caracas* 1970, p. 24.

que después de esos 10 días hábiles, el interesado no pueda exponer otras pruebas y alegatos. En nuestro criterio, si el interesado puede hacerse parte en cualquier estado del procedimiento y si tiene acceso al expediente en cualquier momento y si, además, tiene el derecho a presentar pruebas de todos los hechos que se consideren relevantes conforme a todos los medios de prueba de acuerdo al Artículo 58, nos parece injusto que en un procedimiento ordinario que, como hemos visto, puede durar conforme al Articulo 60, seis meses, se concedan sólo 10 días hábiles para que el particular exponga sus pruebas y alegue sus razones. Pensamos que esa es la fase inicial de la audiencia del interesado, pero que no impide, en adelante, en cualquier momento en el procedimiento, que los interesados puedan aportar pruebas y razones al expediente. En todo caso, la Ley habrá sólo de "exponer" pruebas, es decir, anunciarlas, pues i exultaría absurdo que ese plazo fuera para evacuarlas.

Es muy importante, en todo caso, la exigencia de que debe haber una notificación formal para la audiencia inicial del interesado y para que se inicie el mencionado plazo de 10 días. Esto va a cambiar muchos procedimientos especiales en los cuales materialmente, la oportunidad de presentar alegatos, en ciertos casos, era el del levantamiento del acta inicial. En ese momento era en el cual, tradicionalmente, el interesado debía exponer sus alegatos y si no lo hacía en esa oportunidad, corría el riesgo de no poder desvirtuar los hechos que en ella constaban, posteriormente. De acuerdo con la Ley Orgánica, aun cuando haya habido un Acta incluso firmada por el interesado, debe posteriormente notificársele de la apertura del expediente y del procedimiento y dársele este lapso inicial para una audiencia formal.

En definitiva, estimamos que la norma debe interpretarse en beneficio de los interesados y no en su perjuicio, y concluir en que lo que esta norma persigue es que al iniciarse un procedimiento de oficio» la Administración, obligatoriamente, tiene que notificar a quienes puedan tener interés para que queden enterados y puedan comparecer, pero sin limitar el derecho de los particulares.

b. *Iniciación a instancia de parte*

a'. *El escrito*

Además de la iniciación de oficio, la Ley regula la iniciación del procedimiento ordinario a instancia de parte y establece con precisión, que debe hacerse por solicitud escrita, conforme se regula en el Artículo 48. Ese escrito, además, debe reunir todos los requisitos exigidos en el Artículo 49 de la Ley, conforme al cual debe hacerse constar: el organismo al cual está dirigido el escrito; la identificación del interesado, y en su caso, de la persona que actúe como su representante, con expresión de los nombres y apellidos, domicilio, nacionalidad, estado civil, profesión y número de la cédula de identidad o pasaporte; la dirección del lugar donde deben hacerse las notificaciones pertinentes (esta exigencia es de gran importancia, sobre todo desde el punto de vista práctico, pues era muy frecuente que los particulares presentaran a la Administración una petición o solicitud, en la cual no constaba dónde debía notificárseles, y a veces un procedimiento se paralizaba simplemente porque no se sabía dónde notificar al interesado); los hechos, razones y pedimentos correspondientes, expresando con claridad la materia objeto de la solicitud; debe hacerse referencia a los anexos que se acompañan, si tal es el caso; así como a cualquier otra circunstancia que exijan las normas legales y reglamentarias; y por último, la solicitud debe llevar la firma del interesado, o de los interesados.

De acuerdo al Artículo 9, ordinal 8º de la Ley de Timbre Fiscal, las peticiones, representaciones, solicitudes y memoriales que se dirijan a los funcionarios de la Administración Pública, deben extenderse en papel sellado.

b'. *El registro de la solicitud*

La solicitud respectiva, conforme a lo establecido en el Artículo 44 debe ser presentada en el registro de presentación de documentos, en el cual debe dejarse constancia de su presentación. La organización y funcionamiento de este registro se ha determinado en el Reglamento parcial de la Ley dictado por Decreto Nº 1364 de 30-12-81[26].

c'. *El recibo de la solicitud*

Conforme al Artículo 46 de la Ley, se debe dar al interesado recibo de su solicitud y sus anexos, con indicación del número de registro que corresponda, lugar, fecha y hora de presentación. Puede servir de recibo la copia mecanografiada o fotostática del documento que se presente, una vez diligenciada y numerada por los funcionarios del registró. En todo caso, estos deberán advertir a los interesados de las omisiones y de las irregularidades que observen, pero sin que puedan negarse a recibirla, conforme a lo que pauta el Artículo 45 de la Ley Orgánica. Por ejemplo, si el escrito no está extendido en papel sellado debe advertirse al interesado para que inutilice las estampillas correspondientes.

La constancia del día de recibo de la solicitud es esencial, pues es la que permite contar el lapso para la resolución de los expedientes que prevé el Artículo 60 de la Ley. De acuerdo al Artículo 61 de la Ley, ese término se cuenta a partir del día siguiente del recibo de la solicitud o instancia del interesado; y si se remiten por correo, conforme al Artículo 43, a partir de la fecha de la remisión.

d'. *La advertencia de omisiones*

Una vez que el escrito o solicitud llegue a la oficina de registro de documentos, al funcionario que debe iniciar las actuaciones, conforme a lo previsto en el Artículo 50 de la Ley, éste debe comunicarle al interesado las omisiones o faltas observadas en la solicitud en relación a los requisitos enumerados en el Artículo 49, a los efectos de que el solicitante proceda a subsanarlos en un plazo de 15 días hábiles. Esta comunicación, por supuesto, debe consistir en una notificación en la forma prescrita en los Artículos 73 y siguientes de la Ley.

Si el interesado presentare oportunamente el escrito o solicitud con las correcciones exigidas, y ésta fuere objetada por la Administración, debido a nuevos errores u omisiones, el solicitante puede ejercer el recurso jerárquico contra la segunda decisión o bien corregir nuevamente sus documentos conforme a las indicaciones del funcionario.

En relación a esta norma, debe advertirse que la Ley exige un acto formal de trámite, que debe constar en el expediente, en el cual se formulen las objeciones. Por otra parte, debe mencionarse que este Artículo 50 establece el único caso en el cual la Ley permite el ejercicio de un recurso jerárquico sin la necesidad de un recurso de *reconsideración* previo, como es la norma general conforme al Artículo 95 de la Ley. Esto se debe, aparentemente, al hecho de que se trata de una actuación que se cumple ante un funcionario que ya ha actuado dos veces y que ha devuelto, en dos oportunidades, la solicitud para la corrección de omisiones y errores.

En caso de que el documento o petición haya sido presentado por correo, esta notificación para que el administrado subsane omisiones o fallas observadas en el escrito o solicitud, puede hacerse también por correo. En estos casos, el recibo y entrega de la notificación, conforme lo estableció la Resolución reglamentaria sobre recepción y remisión de

[26] *G.O.* Nº 32.385 de 4-1-82.

documentos por correo, Nº 1304 de 30-12-81[27] debe hacerse conforme a las normas relativas a "la Correspondencia Oficial" del Reglamento de la Ley de Correos; y el plazo para subsanar las omisiones y faltas, se debe contar a partir del día siguiente de aquél en el cual tenga lugar la notificación.

e'. *La audiencia de los interesados*

La Ley, en los casos de procedimientos que se inician a instancia de parte, en general, regula los procedimientos autorizatorios comunes, en los cuales el solicitante, materialmente, es el único interesado.

Sin embargo, también hay procedimientos de esta naturaleza en los cuales puede haber otros interesados distintos al solicitante, y en esos casos, necesariamente, aun cuando la Ley no lo establezca, debe notificarse a los particulares cuyos derechos o intereses puedan resultar lesionados, conforme a lo que establece el Artículo 48 que debe aplicarse analógicamente, y los Artículos 73 y siguientes de la Ley. Además, puede tratarse de un procedimiento que se inicia a instancia de parte, mediante denuncia de determinados hechos, que puedan conducir a un pronunciamiento de carácter sancionatorio en contra de otro particular.

En estos casos, la Administración debe notificar a la otra persona y debe, aun cuando no lo establezca la Ley expresamente, darle audiencia al otro interesado. La Ley, en este campo falla, porque el Artículo 48 relativo a la audiencia del interesado, se refiere sólo a los procedimientos que se inician de oficio, pero no dice nada en relación a los procedimientos sanciónatenos que se inician a instancia de otra parte. Sin embargo, en estos casos, la Administración, al recibir la denuncia, tendría que notificar a los interesados y convocarlos en la misma forma, para que expongan pruebas y alegatos y se hagan parte. En estos casos, con base en el principio del derecho de la defensa, debe recurrirse analógicamente a lo previsto en la segunda parte del Artículo 48, para los casos en los cuales un procedimiento se inicia a instancia de parte.

En este supuesto, en todo caso, entran en juego los aspectos de especialidad previstos en leyes especiales. Por ejemplo, en caso de solicitud de registro de una marca de fábrica, es la Ley de Propiedad Industrial la que prescribe que la Administración debe convocar a todos los interesados mediante cartel, publicado en la prensa, a los efectos de que aquellos puedan alegar sus derechos sobre la marca.

f'. *La paralización: perención*

En los procedimientos que se inician a instancia de un particular, si se paralizan durante dos meses por causa imputable al interesado, de acuerdo al Artículo 64 de la Ley, se opera la perención. Sin embargo, la norma no es clara, y podría deducirse que al indicar el artículo que dicho término comienza a partir de la fecha en que la Administración notifique al interesado de la paralización, es al vencerse el plazo, sin que el interesado hubiere reactivado el procedimiento, que el funcionario procederá a declarar la perención.

C. *La sustanciación del procedimiento*

a. *Apertura del expediente*

Al iniciarse el procedimiento, se procederá a abrir expediente en el cual se recogerá toda la tramitación a que dé lugar el asunto. De acuerdo al Artículo 31 de la Ley, debe mantenerse siempre la unidad del expediente aunque deban intervenir en el procedimiento

[27] *G.O.* Nº 32.385 de 4-1-82.

oficinas de distintos Ministerios o Institutos Autónomos. El Artículo 51 exige, además, que se anexen al expediente copia de las comunicaciones entre las distintas autoridades, así como de las publicaciones y notificaciones que se realicen.

La decisión de abrir el expediente corresponde a la autoridad que debe iniciar las actuaciones conforme al Artículo 50 de la Ley.

b. *Audiencia de los interesados*

Ya hemos señalado que, en todo caso, sea que el procedimiento se inicie de oficio o a instancia de parte, debe procederse a notificar a los particulares cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos puedan resultar afectados en el procedimiento, aplicándose analógicamente el Artículo 48 de la Ley.

c. *Acumulación*

El Artículo 52 de la Ley Orgánica regula expresamente que cuando el asunto sometido a la consideración de una oficina administrativa tenga relación íntima o conexión con cualquier otro asunto que se tramite en dicha oficina, el Jefe de la dependencia puede de oficio o a solicitud de parte, ordenar la acumulación de ambos expedientes, a fin de evitar decisiones contradictorias. En este caso, se trata, también de un acto formal de trámite, que debe constar en el expediente.

d. *Impulso procesal*

Aun tratándose de procedimientos que se inician a instancia de particulares, y a pesar de que éstos tengan la obligación de cumplir ciertos actos en el procedimiento, puede decirse que la Ley atribuye a la Administración la obligación de impulsar el procedimiento. Así, por ejemplo, el Artículo 53 de la Ley establece expresamente que "la Administración, de oficio o a instancia del interesado cumplirá todas las actuaciones necesarias para el mejor conocimiento del asunto que deba decidir, siendo de su responsabilidad impulsar el procedimiento en todos sus trámites".

Por tanto, sólo por causa imputable al interesado es que un procedimiento iniciado a instancia de parte es que puede paralizarse. De lo contrario, la Administración debe obligatoriamente actuar de oficio.

e. *Informes y dictámenes*

a'. *Solicitud*

La autoridad a quien corresponda la tramitación del expediente tiene la competencia para solicitar, de oficio o a instancia de parte conforme lo indica el Articulo 54 de la Ley, de otras autoridades u organismos, los documentos, informes o antecedentes que estime convenientes para la mejor resolución del asunto. Si es el interesado el que plantea ante dicha autoridad, el requerimiento de dichos documentos e informes, debe indicar la oficina dónde curse la documentación.

b'. *Lapso de evacuación*

El Artículo 55 de la Ley prescribe un plazo máximo de 15 días hábiles o de 20 días hábiles para la evacuación de los documentos, informes y antecedentes, según se soliciten de funcionarios del mismo organismo o de otros organismos, respectivamente.

Sin embargo, si el funcionario requerido considera necesario un plazo mayor, lo manifestará inmediatamente al requirente, con indicación del plazo que estime necesario, el cual no puede exceder en ningún caso del doble de los términos antes mencionados. Esta manifestación, por supuesto, también debe constar formalmente en el expediente.

c'. *Efectos*

Si bien es indudable la importancia que tiene la Administración consultiva, la Ley le da mayor importancia a la celeridad en el procedimiento, y de allí que prevea unos efectos no suspensivos de la actividad consultiva. Por eso, el Artículo 56 de la Ley establece como principio que la omisión de los informes y antecedentes no suspenderá la tramitación, salvo que existe disposición expresa en contrario. Sin embargo, aun cuando exista ese erecto no suspensivo, ello es sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el funcionario por la omisión o demora, quien, además, puede ser sancionado de acuerdo a los Artículos 3º y 100 de la Ley.

d'. *Carácter*

Por último, debe indicarse que la Ley establece como principio, el carácter no obligatorio y no vinculante de los informes o dictámenes. Así, textualmente el Artículo 57 de la Ley prescribe que "los informes que se emitan, salvo disposición legal en contrario, no serán vinculantes para la autoridad que hubiere de adoptar la decisión".

Por tanto, sólo en los casos en los cuales el dictamen sea obligatorio y vinculante, la continuación del procedimiento depende de la recepción del mismo.

De lo contrario, si no es de esa naturaleza, el procedimiento no debe paralizarse. Por ello la argumentación tradicional de los funcionarios, de que una decisión no se toma porque la Consultoría Jurídica no ha mandado su dictamen, no puede ser un motivo de suspensión.

f. *La prueba*

Dentro del procedimiento, por supuesto, uno de los elementos centrales es la prueba de los hechos cuyo estudio realizaremos más adelante. Debemos aquí señalar, sin embargo, que la Administración tiene la responsabilidad y obligación de realizar todos los trámites que le conduzcan aun mejor conocimiento del asunto, dice el Artículo 53 de la Ley, y los medios de prueba son todos los que prevé el ordenamiento de los Códigos Civil, de Procedimiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal, tal como lo prevé el Artículo 58. En efecto, este Artículo establece que "los hechos que se consideren relevantes para la decisión de un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba..." lo cual se refiere no sólo a la Administración, sino también a los particulares interesados que se hayan hecho parte. Por tanto, la Administración, de oficio o a instancia de parte y los particulares pueden evacuar las pruebas pertinentes a través de todos los medios de prueba.

g. *Acceso al expediente*

Este derecho de los interesados a probar hechos, en todo caso, resulta de su derecho a tener acceso al expediente previsto en el Artículo 59 de la Ley. Es precisamente la posibilidad de tener un acceso pleno y total al expediente, lo que le puede permitir probar,* defenderse y alegar, en definitiva, ante la Administración.

En efecto, este Artículo 59 de la Ley establece el derecho de los interesados y sus representantes "de examinar en cualquier estado o grado del procedimiento, leer y copiar cualquier documento contenido en el expediente, así como de pedir certificación del mismo". Ya hemos analizado este derecho de los interesados y su amplitud derivada del principio de la unidad del expediente regulado en los Artículos 31 y 51 de la Ley. Todos los documentos, cualquiera que sea su clase, deben acumularse al mismo expediente, y los interesados tienen derecho a acceder a los mismos. Sólo quedarían excluidos del examen de los interesados, los documentos del expediente calificados como confidenciales por el superior jerárquico por decisión motivada, en cuyo caso dichos documentos deben ser archivados en cuerpos separados del expediente. Esta es, por tanto, la única excepción que establece la Ley respecto del principio de unidad del expediente.

En todo caso, no se trata de la declaratoria de confidencialidad "de un expediente", sino de determinados "documentos" que forman parte de un expediente, y dicha declaratoria constituye un acto formal de trámite del superior jerárquico, el cual, en los ministerios, es el Ministro. Al exigir el Artículo 59 que el acto de trámite sea motivado, constituye una excepción al principio regulado en el Artículo 9 de la Ley.

Ahora bien, aun cuando la Ley no prevea recurso alguno contra esa decisión que, se insiste, constituye un acto de trámite que expresamente debe ser motivado, sin embargo, ese acto podría tener efectos definitivos, como lo regula el Artículo 85, en el sentido "de que podría causar indefensión" y, en ese caso, podría ser recurrible en vía administrativa e inclusive, en vía contencioso-administrativa.

D. *La terminación del procedimiento*

a. *Duración*

De acuerdo a lo establecido en el Artículo 60 de la Ley, la tramitación y resolución de los expedientes no podrá exceder de cuatro meses, salvo que medien causas excepcionales, de cuya existencia se dejará constancia en forma expresa, mediante un acto formal de trámite, en el cual se indicará la prórroga o prórrogas, que no pueden exceder, en su conjunto, de dos meses. Por tanto, el procedimiento ordinario tiene un plazo máximo de duración de seis meses, período dentro del cual debe dictarse la decisión respectiva o vencido el cual se presume que hay un acto administrativo, tácito denegatorio derivado de la aplicación del Artículo 4° de la Ley.

Este término máximo de seis meses corre a partir del día siguiente del recibo de la solicitud o instancia del interesado, si se trata de un procedimiento que se inicia a instancia de parte, en los términos de los Artículos 49 y 46 de la Ley; o a partir del día siguiente de la notificación al interesado, cuando el procedimiento se hubiere iniciado de oficio, en los términos del Artículo 48 de la Ley.

b. *La decisión*

Dejando a salvo el supuesto de aplicación del silencio administrativo, la forma normal de terminación del procedimiento es mediante una decisión expresa. En este sentido, el Artículo 62 de la Ley establece expresamente que "el acto administrativo que decida el asunto resolverá todas las cuestiones que hubieren sido planteadas, tanto inicialmente, como durante la tramitación". Esta norma, sin duda, establece la exigencia de la plenitud del contenido de la decisión, que debe resolver todas las cuestiones planteadas, por lo que el acto debe analizar "todas las razones que hubieren sido alegadas", como además lo exige el ordinal 5° del Artículo 18.

Debe señalarse que siempre, los procedimientos que se inicien de oficio deben terminar con una decisión expresa o tácita. En cambio, los procedimientos que se inician a instancia de parte pueden además terminar por desistimiento o perención.

c. *El desistimiento*

El procedimiento administrativo también puede terminar por desistimiento del interesado regulado en el Artículo 63 de la Ley. En este caso, para que opere el desistimiento debe haber una solicitud formal escrita del interesado que haya iniciado el procedimiento, por lo que éste opera en los procedimientos que se inicien a instancia de parte. En caso de pluralidad de interesados, dice la Ley, "el desistimiento de uno de ellos no afectará a los restantes". En todo caso, el desistimiento formulado debe ser conocido y decidido por el funcionario que conozca del asunto quien debe formalizar el desistimiento por un auto escrito, que también es un acto de trámite, en el cual debe ordenar el archivo del expediente.

d. *Perención*

También puede terminar el procedimiento administrativo que se inicia a instancia de parte por perención regulada en el Artículo 64. Esta norma establece en efecto que "si el procedimiento se ha iniciado a instancia de un particular, se paraliza durante dos meses por causa imputable al interesado, se opera la perención de dicho procedimiento". De acuerdo a la Ley, además, "el término de la perención comenzará a partir de la fecha en que la autoridad administrativa notifique al interesado". Ya hemos señalado que aparentemente esta norma lo que consagra es que si un procedimiento se paraliza por cualquier causa y tiempo, la Administración debe notificarlo expresamente al particular, y si transcurren dos meses a partir de esa notificación sin que se hubiese reactivado el procedimiento, es que opera la perención y así debe declararse. Por eso la última parte del Artículo 64 de la Ley agrega que "Vencido el lapso sin que el interesado hubiere reactivado el procedimiento, el funcionario procederá a declarar la perención". Por tanto, si hay un procedimiento paralizado, la Administración debe formalmente notificar al particular el estado del procedimiento a objeto de que comparezca y lo reactive, y es a partir de esa notificación, que debe hacerse de acuerdo a lo previsto en los Artículos 73 y siguientes, cuando comienzan a contarse los dos meses para que se opere la perención.

Debe señalarse, además, que la perención sólo opera cuando hay causa imputable al interesado en la paralización del procedimiento. Esta causa debe ser identificada en la notificación y debe ser razonada en el acto que formalice la perención por lo cual éste, aun cuando también es un acto de trámite, debe ser motivado.

En todo caso, la perención, dice el Artículo 65, no extingue los derechos y acciones del interesado (sólo afecta el procedimiento) y tampoco interrumpe el término de prescripción de esos derechos o acciones.

e. *Continuación*

Excepcionalmente, el Artículo 66 de la Ley permite que aun cuando haya desistimiento o perención de un procedimiento, la Administración pueda continuar la tramitación de procedimiento si hay razones de interés público que lo justifiquen, lo cual debe decidirse expresamente en el expediente. Se trata de una vía excepcional, en los procedimientos que se inician a instancia de parte, que confirma la posición preponderante de la Administración en el impulso de los procedimientos.

3. *El procedimiento sumario*

A. Procedencia y duración

En cuanto al procedimiento sumario, la Ley lo regula en el Artículo 67, pero no determina cuándo es que debe optarse por el mismo. Este Artículo otorga una gran dosis de discrecionalidad a la Administración al permitirle optar por esta modalidad cuando lo estime conveniente.

Se trata, en todo caso, de un procedimiento que sólo puede iniciarse de oficio, por lo que no procede en los casos en los cuales hay instancia de parte, en cuyo supuesto debe seguirse el procedimiento ordinario.

Por tanto, se trata de un procedimiento que puede seguirse en las actuaciones que conducen a actos sancionatorios, siempre que be garanticen los derechos particulares.

El carácter sumario deriva, en todo caso, de la duración breve que prescribe el Artículo 67, de 30 días hábiles.

B. *La audiencia del interesado*

No establece la Ley expresamente en estos procedimientos sumarios, la notificación al interesado y la necesaria audiencia al mismo que debe darle la Administración como garantía a su defensa, si se trata de una actuación que puede lesionar sus derechos e intereses.

En efecto, no se olvide que estos procedimientos sumarios sólo pueden desarrollarse en los casos en los cuales la Administración puede actuar de oficio, y que requieren de un acto formal de trámite que ordene abrir el expediente y optar por la vía sumaria, por que así se estima conveniente. Es muy normal que esto suceda, precisamente, en procedimientos sancionatorios, que exigen la audiencia al interesado y la garantía de su derecho a la defensa. Por ello, estimamos que analógicamente debe siempre aplicarse el Artículo 48 de la Ley, que regula la audiencia del interesado en los procedimientos ordinarios que se inician de oficio, a los procedimientos sumarios.

Debe destacarse, en todo caso, que en estos procedimientos sumarios la Ley expresamente prevé la audiencia al interesado, sólo para la adopción de un acto de trámite consistente en la transformación del procedimiento sumario en procedimiento ordinario.

En efecto, el Artículo 68 de la Ley dispone que "iniciado el procedimiento sumario, el funcionario sustanciador, con autorización del superior jerárquico *inmediato* y previa audiencia de los interesados, podrá determinar que se siga el procedimiento ordinario, si la complejidad del asunto así lo requiere".

C. *La carga de la prueba*

En relación a los procedimientos sumarios, otro aspecto de interés que debe destacarse es el relativo a la prueba y a la carga de la prueba[28]. Tratándose de un procedimiento que se inicia de oficio, la Administración es quien actúa. Por ello, expresamente se establece que en este procedimiento sumario "la Administración deberá comprobar de oficio la verdad de los hechos y demás elementos de juicio necesarios para el esclarecimiento del asunto". Estimamos, en todo caso, que el Artículo 69 es una norma que en realidad se aplica a todo el procedimiento administrativo que se inicia de oficio: la Administración hemos visto, tiene la obligación de tramitar y, por tanto, también tiene la obligación, en todo caso, de oficio, de comprobar la verdad de los hechos y demás elementos de juicio necesarios para el esclarecimiento de todo asunto.

Por otra parte, si se trata de un procedimiento que se inicia a instancia de parte y que tiene por objeto, por ejemplo, la obtención da autorizaciones, permisos o licencias de la Administración, por supuesto, la carga de la prueba también la tiene el particular que es el interesado, lo cual no le quita a la Administración esa potestad genérica probatoria regulada en la Ley.

4. *El procedimiento simple*

En cuanto a los procedimientos que se inician a instancia de parte, si no requieren sustanciación, no siguen el trámite del procedimiento ordinario, y deben desarrollarse en forma simplificada a través del procedimiento que calificamos como simple regulado en el Artículo 5 de la Ley.

Este procedimiento simple se aplica, en efecto, a las peticiones o solicitudes de naturaleza administrativa que no requiere sustanciación y respecto a las cuales basta simplemente con una solicitud para que la Administración responda, a cuyo efecto la Ley prevé un lapso general de decisión en 20 días hábiles contados a partir de la presentación de la solicitud.

---

[28] En particular véase Allan R. Brewer-Carías, "La carga de la prueba en el Derecho Administrativo" en *Revista de Control Fiscal,* Nº 81, Caracas 1976, pp. 23-52.

Dentro de la regulación del Artículo 5, debe mencionarse que en relación a estas instancias de los particulares, la Administración está obligada a informar al interesado por escrito, y dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud, la omisión o incumplimiento por éste de algún requisito. No precisa la Ley el lapso durante el cual el particular debe corregir su solicitud, pero una vez formuladas las observaciones, el lapso general de 20 días para que se adopte la decisión, comienza a partir de la fecha en la cual el interesado hubiere cumplido los requisitos legales exigidos.

5. *El procedimiento en caso de sanciones por incumplimiento de la propia Ley orgánica*

En una evidente incongruencia de nuestro ordenamiento jurídico, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos cuando prescribe en su Título V las sanciones a ser aplicadas por violación de sus normas, en lugar de que las mismas se apliquen conforme al procedimiento que ella misma regula, remite en su Artículo 102 al procedimiento establecido en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional en cuanto sea aplicable, lo cual no tiene sentido alguno.

La Ley Orgánica, sin embargo, establece algunas precisiones: las multas que regula el Artículo 100 deben ser aplicadas por el Ministro por supuesto, en los Ministerios, y por los superiores jerárquicos respectivos en las otras administraciones a las cuales se aplica la Ley conforme al Artículo 1º.

Por otra parte, la Ley prescribe como una de las obligaciones de los funcionarios públicos que sean superiores inmediatos del funcionario sancionable, la de iniciar el procedimiento de multa so pena de incurrir en falta grave que se castigará de conformidad con la Ley de Carrera Administrativa.

En todo caso, la decisión que imponga una multa, conforme al Artículo 104, debe ser motivada; mención evidentemente innecesaria en virtud de la exigencia general de motivación de todos los actos administrativos prevista en el Artículo 9 de la Ley.

Por último, en relación a las multas, el Artículo 105 establece el procedimiento de impugnación de las mismas. Como dichos actos se deben adoptar por el Ministro o el superior jerárquico correspondiente a la organización, la Ley establece la posibilidad de que sean recurridos por la vía del recurso de reconsideración dentro de los 15 días hábiles siguientes a su publicación o notificación. La Ley dice que "podrán ser recurridas en reconsideración" por lo que no es claro que sea un requisito para agotar la vía administrativa previo al contencioso. El recurso de reconsideración, si se intenta, debe ser decidido dentro de los 30 días hábiles siguientes.

En todo caso, contra la decisión del Ministro o el superior jerárquico respectivo se puede recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa, para lo cual la Ley prevé un lapso brevísimo de impugnación de 5 días hábiles siguientes a la notificación.

V. LA FINALIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y SU CODIFICACIÓN EN AMÉRICA LATINA

1. *La finalidad del procedimiento administrativo*

Como resulta de lo anteriormente expuesto en relación con la regulación del procedimiento administrativo en Venezuela, el procedimiento administrativo puede definirse como el conjunto y combinación de actos cuyos efectos jurídicos están vinculados entre sí, con la finalidad de producir una decisión administrativa válida; o como lo define la Ley 19880 de Chile: "El procedimiento administrativo es una sucesión de actos trámite vinculados entre

sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal"(Art. 18). En todo procedimiento, por tanto, existe una conexión entre diferentes actos con una unidad de efectos jurídicos[29].

Por tanto, puede decirse que no hay actividad administrativa que no sea el resultado de un procedimiento administrativo, y de allí que este sea esencial a los efectos de la toma de decisiones por los órganos de la Administración Pública así como de la participación de los administrados en defensa de sus derechos e intereses. No es de extrañar, por tanto, la generalidad de la regulación del procedimiento administrativo en nuestros países, mediante la sanción de leyes específicas que buscan proteger el interés general cuya consecución condiciona siempre la actuación administrativa, y a la vez buscan, proteger y garantizar los derechos ciudadanos frente a la Administración.

Las reglas de procedimiento administrativo, por tanto, tienen como finalidad, primer lugar, que las decisiones administrativas se adopten orientadas hacia la satisfacción del interés general, cuya gestión se encomienda a la Administración Pública. De allí, incluso, los mecanismos procedimentales establecidos para asegurar la participación de los administrados y de sus organizaciones en la elaboración de los actos administrativos normativos, a través de consultas populares que deben realizarse antes de su sanción, a los efectos de asegurar que los mismos estén, en la medida de lo posible, acordes con el interés general de la colectividad. Así, por ejemplo, la Ley Orgánica de la Administración Pública ha establecido con carácter general que cuando los órganos o entes públicos, en su rol de regulación, propongan la adopción de normas legales, reglamentarias o de otra jerarquía, deben remitir el anteproyecto para su consulta a las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales inscritas en el registro correspondiente (art. 135). Además, el órgano o ente público correspondiente debe publicar en la prensa nacional la apertura del proceso de consulta a los efectos de que cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto, aún sin estar inscrita en el registro. El proceso de consulta, si bien no tiene carácter vinculante; sin embargo, sí es obligatorio al punto de que las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos o propuestas por éstos a otras instancias, serán nulas de nulidad absoluta si no han sido consultadas según el procedimiento antes indicado (art. 137).

Pero, en segundo lugar, la regulación del procedimiento administrativo también tiene por finalidad asegurar interés de la propia Administración Pública, como organización, con vista a lograr una mayor eficacia y racionalización de su actividad administrativa. Así, la simplificación, normalización y unificación de la actividad de la Administración Pública, en muchos casos ha sido uno de los motivos fundamentales de la codificación del procedimiento administrativo. En este sentido, por ejemplo, deben destacarse los principios establecidos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (art. 32) en cuanto al manejo de los documentos y expedientes administrativos, los cuales deben ser objeto de normalización y uniformización de manera que cada serie o tipo de ellos obedezca a iguales características y formato (Art. 31).

En el mismo orden de ideas, se prevé por ejemplo, que en los casos en los cuales la Administración debe resolver una serie numerosa de expedientes homogéneos se debe establecer un procedimiento sumario, de gestión mediante formularios, impresos u otros medios que permitan el rápido despacho de los asuntos, pudiendo incluso utilizar, cuando sean idénticos los motivos y fundamentos de las decisiones, cualquier medio mecánico de producción en serie de las mismas, siempre que no se lesionen las garantías jurídicas de los interesados (Art. 35).

---

29 Sentencia de 8 de noviembre de 1974 *cit.* por Jesús González Pérez, *op. cit*., p. 69.

Pero además de la protección del interés general y del interés de los órganos de la propia Administración Pública, en tercer lugar, la regulación del procedimiento administrativo se ha establecido, básicamente, en interés de los administrados en sus relaciones con la Administración, o más propiamente, para proteger los derechos e intereses de los particulares frente a las actuaciones administrativas y particularmente frente a los medios de acción unilaterales de la Administración Pública.

Precisamente por la regulación del procedimiento administrativo, entonces, el derecho administrativo, de ser un derecho destinado a regular a la Administración Pública, su organización y funcionamiento, ha pasado a ser un derecho destinado a regular esencialmente las relaciones entre la Administración y los administrados, con particular énfasis en la protección y garantía de los derechos de estos últimos. Como consecuencia de ello, el balance tradicional de nuestra disciplina que ya se ha mencionado, entre los dos extremos que históricamente la han condicionado: por una parte, prerrogativas de la Administración, y por la otra, derechos e intereses de los administrados, sin duda, comienza a aparecer inclinado a favor de estos últimos, y en ello, sin duda, ha jugado un rol fundamental el procedimiento administrativo, concebido para asegurar a los particulares un debido proceso o "debido procedimiento" por parte de la Administración, cuando entran en relación con ella, lo que sucede cotidianamente.

2. *La codificación del procedimiento administrativo en América Latina*

Teniendo en cuenta esas finalidades del procedimiento administrativo y la importancia que tiene para la Administración Pública y su actividad, un signo fundamental de la evolución del derecho administrativo en América Latina durante los últimos cuarenta años, ha sido el hecho de su codificación, particularmente plasmada en la sanción de leyes reguladoras, precisamente, del procedimiento administrativo en general[30]. Estas leyes, sin duda, en todos los países en los que se han dictado, han producido una transformación radical en nuestra disciplina, afianzando el principio mismo de legalidad.

Este proceso se inició en Argentina donde, después de algunas regulaciones legales provinciales, se sancionó la primera de las leyes sobre procedimientos administrativos que se han dictado en América Latina, la *Ley de Procedimientos Administrativos*, Nº 19.549 de 1972, reformada por la Ley N° 21.682. Luego siguió el Decreto con fuerza de ley Nº 640/973, sobre *Procedimientos Administrativos*, dictado en Uruguay en 1973, sustituido por el Decreto 500/991 de 1991, sobre *Normas Generales de Actuación Administrativa y Regulación del Procedimiento en la Administración Central*. Un lustro más tarde se sancionó la *Ley General de la Administración Pública* de Costa Rica, de 1978, la cual no sólo regula el procedimiento administrativo, sino todos los aspectos esenciales del derecho administrativo, por lo que constituye casi un "manual" de esta rama del derecho redactado en forma de artículos. En ellos se encuentra explicado el derecho administrativo como si se tratase del desarrollo de un programa de un curso sobre esta disciplina, expuesto en un muy hermoso y rico texto. Esta Ley fue elaborada, entre otros, por nuestro recordado amigo el profesor Eduardo Ortíz Ortíz, quien dejó en ella una huella importante. Es un ejemplo claro de la codificación, no sólo del procedimiento administrativo sino, como se dijo, de todo el derecho administrativo.

Posteriormente siguió la *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos* de Venezuela, de 1981; la cual, en la materia, ha sido recientemente complementada, con la *Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos* (Decreto-Ley Nº 368 de 05-10-99) y con

---

30 Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, Prólogo Jesús González Pérez, Universidad del Rosario, Editorial Legis, Bogotá, 2003.

la *Ley Orgánica de la Administración Pública* de 17-10-01. Unos años más tarde, en 1984, se produjo la reforma del *Código Contencioso Administrativo* de Colombia, al cual se le incorporó un nuevo "Libro" sobre "Procedimientos Administrativos", complementado con las disposiciones del Decreto Nº 266 de 2000 de Normas para la Simplificación Administrativa. En 1987, por otra parte, se dictó la *Ley de Procedimiento Administrativo* de Honduras.

Luego de un período de casi diez años, se dictó la *Ley Federal de Procedimiento Administrativo* de México, de 1994. Más recientemente, en Brasil se sancionó la *Ley Nº 9.784 que regula el proceso administrativo en el ámbito de la Administración Pública Federal* de 29-01-99; en abril de 2001, se dictó en el Perú la *Ley Nº 27.444 del Procedimiento Administrativo General*; en 2002 se dictó la Ley del Procedimiento de Bolivia; y en mayo de 2003 se dictó en Chile, la *Ley 19880 de bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado* (22-05-2003.

Este proceso de codificación del procedimiento administrativo en América Latina originó también el *Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina* de 1997, en el cual se recogen todos los principios generales desarrollados por las legislaciones nacionales.

Todos textos normativos anteriormente mencionados pueden decirse que tienen un rasgo común y es la influencia de la legislación española a través de las ya derogadas *Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado* de 1957 y *Ley de Procedimientos Administrativos* de 1958. Estos textos fueron sustituidos en España por la *Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, la cual, por otra parte, ha influido en la redacción de la Ley peruana de 2001.

Otro rasgo común de este conjunto normativo es que abarcan todo el proceso de producción de las decisiones administrativas, lo que conduce a una muy importante regulación en relación con los actos administrativos. Por ello puede considerarse que casi todas estas leyes, son básicamente leyes relativas al régimen jurídico del acto administrativo; tal como lo resume en la Ley del Perú al definir el procedimiento administrativo, como el "conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados" (Art. 29).

En todo caso, estas regulaciones legales sobre el procedimiento administrativo han tenido en toda América Latina la enorme importancia de haber contribuido al desarrollo del derecho administrativo formal, al punto de que podría decirse que, en cada uno de los países, su evolución puede dividirse en dos etapas: antes y después de la respectiva Ley de Procedimientos Administrativos. Así también ocurrió en España, donde la evolución y desarrollo del derecho administrativo puede dividirse en las mismas dos etapas: antes y después de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración y de la Ley de Procedimientos Administrativos de 1957-1958.

No hay duda de que esta positivización de los principios generales del derecho administrativo ha sido lo que más ha contribuido al desarrollo de nuestra disciplina y al afianzamiento del principio de la legalidad.

Precisamente, en esos textos normativos sobre el procedimiento administrativo aparecen además expresamente indicados, su objetivo y motivación. Por ejemplo, en los *Considerandos* de la Ley de Honduras de 1987 se hace referencia a la necesidad de que, en la actividad administrativa, "la satisfacción de los *intereses públicos* exige el respeto de las formas creadas como *garantía de los derechos* de los particulares frente a la actividad administrativa".

Asimismo, en los *Considerandos* del Decreto 500/991 de Uruguay, se precisa como motivación de la regulación que la Administración pueda "servir con objetividad los *intereses generales* con sometimiento pleno al Derecho y para mejor tutelar los *derechos e intereses legítimos* de los administrados".

De ello resulta el rasgo común mencionado de las regulaciones sobre procedimientos administrativos, de buscar a la vez el mejor cumplimiento de los fines de la Administración y servir con objetividad los intereses generales y de tutelar los derechos e intereses de los particulares. Eso lo señala expresamente, por ejemplo, tanto el artículo 1º de la Ley 9.784 de Brasil, como el artículo III (finalidad) del Título Preliminar de la Ley 27.444 del Perú.

Pero, además, también puede identificarse en los textos, la otra motivación general de las leyes de procedimiento administrativo, antes mencionadas, de procurar que la actuación de la Administración en sus relaciones con los particulares se realice con el menor formalismo posible. Por ello, en los mismos *Considerandos* del Decreto uruguayo se señala, también, que el texto tiene por objeto agilizar y dar flexibilidad al procedimiento administrativo, "evitando la realización o exigencias de trámites, formulismos o recaudos innecesarios o arbitrarios que compliquen o dificulten su desenvolvimiento".

§ 23. Los principios del procedimiento administrativo

I. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Una de las características más destacadas que tiene el régimen del procedimiento administrativo en Venezuela y en general en toda América Latina, es la de la enumeración *expressis verbis* de los propios principios que deben guiar el procedimiento administrativo. Por ello, en nuestros países, el tema de los principios del procedimiento no sólo es un tema teórico, de sola elaboración doctrinal, sino que deriva de su enumeración y desarrollo expreso en los textos normativos, incluso en algunos casos, con rango constitucional[1]. Es el caso, por ejemplo, de la Constitución de 1999, en cuyo artículo 141 se precisa que "La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho".

Pero en general, ha sido en las leyes de procedimiento administrativo donde se han enumerado estos principios. Así, salvo el caso de Costa Rica, en cuyo texto normativo no hay un artículo específico destinado a enumerar los principios del procedimiento administrativo, en el resto de la legislación latinoamericana, las leyes sobre procedimiento administrativo destinan normas expresamente a regularlos. Se destaca, como ejemplo la Ley de Honduras, en cuyos *Considerandos* se precisa que "la actividad administrativa debe estar presidida por principios de *economía, simplicidad, celeridad y eficacia* que garanticen la buena marcha de la Administración", a fin de lograr una pronta y efectiva satisfacción del interés general (art. 19). Asimismo, la Ley argentina expresamente señala en su artículo 1,b, los principios que rigen en el procedimiento administrativo, los cuales son la "*celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites*". En el caso de Venezuela, además de los principios de celeridad, *economía, sencillez y eficacia,* la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos agrega el principio de *imparcialidad* (art. 30) y, adicionalmente, la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos enumera los siguientes principios conforme a los cuales se deben elaborar los planes de simplificación, que son:

1. La presunción de buena fe del ciudadano

2. La simplicidad, transparencia, celeridad y eficacia de la actividad de la Administración Pública.

3. La actividad de la Administración Pública al servicio de los ciudadanos.

4. La desconcentración en la toma de decisiones por parte de los órganos de dirección.

Estos principios los repite el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP) al precisar que la actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en "los principios de economía, celeridad, simplicidad administrativa, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad, transparencia, buena fe y confianza". Agrega la norma que asimismo, se efectuará dentro de parámetros de racionalidad técnica y jurídica.

---

[1] Véase en general sobre este tema Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Procedimiento en América Latina*, Universidad del Rosario, Editorial Legis, Bogotá 2003.

En el Código de Colombia, además de todos estos principios, se agregaron otros como los de *publicidad, contradicción y conformidad* con el propio *Código* (art. 3); es decir, el principio de legalidad objetiva. En la Ley Federal de México, se sigue la misma orientación del texto colombiano, y se agregó a la enumeración, también, el principio de la *buena fe* (art. 13).

Hay otros textos, como el Decreto del Uruguay, donde la enunciación de los principios es muy extensa y comprensiva, como resulta del artículo 2, conforme al cual la Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al derecho y debe actuar de acuerdo a los siguientes principios generales:

a) Imparcialidad;

b) Legalidad objetiva;

c) Impulsión de oficio;

d) Verdad material;

e) Economía, celeridad y eficacia;

f) Informalismo en favor del administrado;

g) Flexibilidad, materialidad y ausencia de ritualismos;

h) Delegación material;

i) Debido procedimiento;

j) Contradicción;

k) Buena fe, lealtad y presunción de verdad salvo prueba en contrario;

l) Motivación de la decisión;

m) Gratuidad;

En el mismo sentido de positivización de los principios del procedimiento administrativo, se destaca la Ley de Brasil, la cual destina al tema de los principios del procedimiento administrativo un extenso artículo (Art. 2); y la Ley del Perú de 2001, que precisa en el artículo IV del Título Preliminar que el procedimiento administrativo, sin perjuicio de la vigencia de otros principios general del derecho administrativo, se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, que se enumeran a título enunciativo y no taxativo: principio de legalidad; principio del debido procedimiento; principio del impulso de oficio; principio de razonabilidad; principio de imparcialidad; principio de informalismo; principio de presunción de veracidad; principio de conducta procedimental; principio de celeridad; principio de eficacia; principio de verdad material; principio de participación; principio de simplicidad; principio de uniformidad; principio de predictibilidad; principio de privilegio de controles posteriores.

Por último, en la Ley 19880 de Chile, también se indica que el procedimiento administrativo estará sometido a los principios de escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad (Art. 4).

Estos principios, además, como lo señala el artículo 2 de la Ley de Brasil, deben servir como *criterio interpretativo* para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las normas de procedimiento; y en el mismo sentido, se regula en las leyes de Honduras (art. 19 y 114) y del Perú (artículo IV del Título preliminar), donde se señala no sólo que los principios deben servir de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que

puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento, sino además, como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general, y para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo.

Por ello, la enumeración incluso las extensísimas, de principios del procedimiento administrativo, como las contenidas en las leyes de Brasil, de Uruguay y de Perú, sin duda, tiene la ventaja de permitir al juez contencioso-administrativo ejercer un control más efectivo y con mayor amplitud en relación con la actividad administrativa.

Pero por supuesto, mucho más importante que la sola enumeración de los principios, es la definición, en los textos legales, del contenido de los mismos. Es lo que hacen el Código colombiano y más extensamente, la Ley del Perú y la Ley 19880 de Chile; orientación que sigue el Reglamento sobre procedimientos administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

Por ejemplo, en relación con el principio de *economía*, el Código colombiano, en su artículo 2, señala que en virtud del mismo se debe tener en cuenta "Que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones; que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervengan en ellos; que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa".

En relación, por ejemplo, con el principio del *debido procedimiento*, la Ley del Perú dispone en el artículo IV, 1.2 del Título Preliminar, que los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que se rige por los principios de derecho administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

Por otra parte, al referirse al principio de *celeridad*, el mismo artículo 2 del Código colombiano señala que, en virtud del mismo, "las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados". La Ley del Perú, por su parte, en relación con este mismo principio de *celeridad*, dispone en el artículo IV, 1.9 del Título Preliminar, como obligación para quienes participan en el procedimiento, el que deben ajustar su actuación de tal modo que "Se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento".

Por otra parte, en cuanto al principio de la *eficacia*, la norma del Código colombiano señala que el mismo tiene por objeto lograr la finalidad del procedimiento "removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias". La Ley del Perú, en relación con este principio de la eficacia, en el mismo artículo IV del Título Preliminar, es aún más explicita, al señalar:

1. *Principio de eficacia*

Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.

En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio.

En cuanto al principio de *imparcialidad*, la Ley 19880 de Chile dispone que "La Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte" (Art 11)

En todos estos casos, sin duda, al precisarse el contenido de los principios, el juez contencioso-administrativo dispone de mayores elementos para poder ejercer su competencia de control sobre la actuación de la Administración.

Todas estas normas nacionales relativas a la enumeración y definición de los principios del procedimiento administrativo fueron, precisamente, las que influyeron en la sanción del Reglamento de procedimientos administrativos que rige para la Secretaría General de la Comunidad Andina, en el cual también se precisa que en los procedimientos que se sigan ante la Secretaría General, ésta se debe regir por los siguientes principios:

Legalidad, economía procesal, celeridad, eficacia, igualdad de trato a las partes, transparencia, uso de los procedimientos y formalidades para lograr el cumplimiento de los objetivos de la norma y racionalización de la actividad administrativa.

No debe olvidarse, sin embargo, que en América Latina, antes de que se comenzaran a dictar las leyes generales sobre procedimientos administrativos, los principios antes mencionados habían venido construyéndose con la ayuda de la doctrina, por obra del juez contencioso-administrativo, sin texto normativo expreso. Por ello es que hemos dicho que el derecho administrativo en América Latina puede dividirse en las dos etapas mencionadas: antes y después de las leyes que han regulado todos esos principios, los cuales, antes, habían ido creando la jurisprudencia y delineando la doctrina. En todo caso, a medida que estos principios se han ido estableciendo en texto expreso, se han reforzado los instrumentos que le han permitido al juez ejercer con mayor precisión el control de legalidad, catapultándose, en consecuencia, tanto la jurisprudencia como la doctrina.

Por ejemplo, el que se encuentre en el Decreto uruguayo y en las Leyes de Perú y Venezuela, la enunciación expresa del principio de la buena fe puede considerarse como una revolución en el régimen jurídico de la Administración Pública, porque en la práctica de algunas Administraciones, lamentablemente, lo que el funcionario busca normalmente es la manera de obstaculizar las pretensiones del interesado, y el administrado, a su vez, la manera de engañar a la Administración. El principio de la *buena fe*, al contrario, tiene que convertirse en el instrumento que pueda garantizarle al particular que puede confiar en la Administración y en el funcionario, y viceversa. En consecuencia, encontrar este principio expresamente consagrado en el derecho positivo permite al Juez poder controlar más la actuación de la Administración.

En relación con este principio de la *buena fe*, la Ley del Perú lo enuncia, dentro del principio de conducta procedimental (art. IV, Título Preliminar), así:

2. *Principio de conducta procedimental*

La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal.

Incluso, en la Ley venezolana sobre Simplificación de Trámites Administrativos se formula el principio de que:

Artículo 9: De acuerdo con la presunción de buena fe, los trámites administrativos deben mejorarse o rediseñarse para lograr el objetivo propuesto en la generalidad de los casos

y no para cubrir posibles excepciones al comportamiento normal del ciudadano. En consecuencia, en todas las actuaciones que se realicen ante la Administración Pública, se debe tener como cierta la declaración del administrado, salvo prueba en contrario.

Este principio, por otra parte, se recoge como "presunción de veracidad" en el artículo 3º del Decreto Nº 266 de 2000 de Colombia sobre simplificación de trámites.

También debe tenerse en cuenta que en Europa y, particularmente, en España, derivado del principio de la *confianza legítima*, que es uno de los principios contemporáneos desarrollados por el derecho alemán y el derecho de la Comunidad Europea, se han venido desarrollando nuevos mecanismos para regular la actividad de la Administración en relación con los particulares y respecto de la relación jurídica que surge siempre entre ambos. Por ello, encontrar este principio, no ya derivado de la jurisprudencia, sino en el derecho positivo, sin duda, puede permitir un avance y un enriquecimiento posterior de gran importancia en nuestra disciplina.

II. EL PRINCIPIO DE LA ESCRITURACIÓN

El procedimiento administrativo, por esencia, debe llevarse por escrito. Ello responde al denominado principio de escrituración en la Ley 19880 de Chile, al indicar su artículo 5º, que "El procedimiento administrativo y los actos administrativos a los cuales da origen, se expresarán por escrito o por medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión y constancia".

La consecuencia fundamental del principio de escrituración está en la necesidad de que en todo procedimiento abra un expediente administrativo, el cual debe tener una unidad específica y el cual deben incorporarse todos los documentos; expediente que, además, constituyen una pieza fundamental, desde el punto de vista de la Administración, para el control contencioso-administrativo. En el caso de Venezuela, por ejemplo, lo primero que el juez debe decidir en el procedimiento contencioso administrativo de anulación contra los actos administrativos, incluso de oficio, al admitir el recurso, es pedir a la Administración correspondiente, el expediente administrativo. En esta forma, este se convierte en un elemento fundamental de prueba judicial.

1. *La unidad del expediente*

De manera que un principio vinculado también a la eficacia administrativa es el de la unidad, sobre todo en la tramitación administrativa y en la integridad o unidad física del expediente administrativo que se lleve en la Administración.

Este principio está regulado en los Artículos 31 y 51 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. En efecto, el Artículo 31 exige, en primer lugar, que de todo asunto que se lleve ante la Administración debe formarse un expediente, y que ese expediente debe mantener una unidad, que afecta tanto a los asuntos que van a tramitarse de acuerdo al procedimiento, como de la decisión que va a adoptarse al final de este procedimiento; y esa unidad debe siempre caracterizar el expediente, aun cuando en el asunto que se tramite ante la Administración intervengan varios organismos, oficinas públicas, ministerios o institutos autónomos.

Este principio regulado en el Artículo 31, se conecta con el principio establecido en el Artículo 51, que exige que, iniciado un procedimiento, cualquiera que éste sea, debe procederse a abrir un expediente en el cual se recogerá toda la tramitación a que dé lugar el asunto. De nuevo se establece aquí el mismo principio de la unidad que exige que, a pesar de que pueda haber documentos en varios organismos de un mismo ministerio o en varios ministerios, debe tenderse a que exista un solo expediente, un solo lugar donde se recopilen todos los documentos, informes o dictámenes que tienen relación con el procedimiento. En

este mismo sentido, ese Artículo 51 de la Ley expresamente exige que todas las comunicaciones entre las distintas autoridades que tengan que ver con el asunto al cual se refiere el procedimiento, así como de las notificaciones que se hagan a los particulares o de las publicaciones que se hagan de actos administrativos, debe anexarse siempre una copia al expediente.

Esta unidad del expediente tiene una enorme importancia pues buscó corregir una situación defectuosa de la Administración, que se caracterizaba, precisamente, por la ausencia de unidad del expediente. En efecto, a veces, no todo lo relacionado con el asunto aparecería en el expediente y la Administración muchas veces sólo incorporaba al mismo los asuntos que a la Administración le interesaba incorporar y, normalmente, los documentos o los recaudos que podían beneficiar al particular o a la postura que éste sostenía, la Administración no las incorporaba. Había así, siempre, dos expedientes paralelos: uno que se mostraba y otro, que la Administración utilizaba para resolver el asunto. En esa forma, el particular no tenía realmente, la garantía, por la unidad del expediente, de poder conocer todos los aspectos que tenían que ver con el asunto. Por otra parte al expediente a veces no se incorporaban las opiniones favorables a la pretensión del particular, con lo cual se le restringía su derecho a tener acceso al expediente y, eventualmente, a la defensa, porque así como él puede tener derecho a estudiar los documentos que no lo favorezcan, para poder defenderse, también tiene derecho a conocer los que lo favorecen en su reclamo.

Con estos dos Artículos de la Ley y la regulación de este principio de la unidad del expediente, la Ley buscó corregir esta situación y al exigir la unidad del expediente, se puede garantizar realmente que si el particular, como hemos visto, conforme al Artículo 59 de la Ley, tiene derecho a tener acceso al expediente, y a examinar y leer su contenido, ese derecho tiene un resultado concreto y es la posibilidad de examinar *todo* lo que el expediente contenga y no sólo una parte o uno de los varios expedientes que, paralelamente, pueda llevar la Administración. Por tanto, este principio de la unidad va a ser una condición real para garantizar el derecho a la defensa y el derecho que tiene el particular de tener acceso al expediente y de conocer todo lo que él contenga.

Antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos venezolana, en cambio, como se dijo, no existía normativa alguna que exigiera la necesidad de formación de un expediente administrativo y de que, por tanto, debe haber un sólo expediente y no dos o varios, como hacían usualmente los funcionarios uno guardado en los archivos y contentivo de una serie de documentos e informes de los cuales no se informaba al administrado, a veces con piezas que lo favorecían; y otro, el expediente que estaba disponible para la consulta por los interesados.

La idea de la unidad del expediente y de que en él debe conservarse todo lo concerniente al procedimiento, no sólo lo derivado de las peticiones, sino también los informes y dictámenes de otras Administraciones que tiene que ver con el asunto, por tanto, es de origen reciente. No es frecuente, incluso a pesar de todos estos textos expresos que regulan el expediente, realmente encontrar un expediente completo, y siendo también frecuente todavía que el funcionario deje fuera ciertos documentos cuando no son favorables a la posición que tiene el funcionario o cuando sean favorables a la posición del administrado. Normalmente el funcionario, cuando no ha tomado su decisión, no los enseña, aún cuando existe en todas las leyes el principio del expediente único y de que toda la documentación debe estar en él acumulada, bien de oficio o a petición de parte interesada, con lo que se viola a la vez el principio de publicidad y el derecho a estar informado.

En todo caso, este principio de la unidad del expediente también está regulado en las leyes de América Latina como en el Reglamento de la Comunidad Andina (arts. 21-24); en el Código Colombiano (art. 29); en la ley de Uruguay con un detalle extensísimo, donde se establecen todas las normas relativas al expediente y al tema de su unidad (arts. 30; 34-38; 49-55); en la Ley del Perú (art. 150) y en la Ley 19880 de Chile (Art. 18).

En esta última se establece en forma general, que "constar en un expediente, escrito o electrónico, en el que se asentarán los documentos presentados por los interesados, por terceros y por otros órganos públicos, con expresión de la fecha y hora de su recepción, respetando su orden de ingreso. Asimismo, se incorporarán las actuaciones y los documentos y resoluciones que el órgano administrativo remita a los interesados, a terceros o a otros órganos públicos y las notificaciones y comunicaciones a que éstas den lugar, con expresión de la fecha y hora de su envío, en estricto orden de ocurrencia o egreso Además, deberá llevarse un registro actualizado, escrito o electrónico, al que tendrán acceso permanente los interesados, en el que consten las actuaciones señaladas en el inciso precedente, con indicación de la fecha y hora de su presentación, ocurrencia o envío".

En la Ley del Perú (art. 153), en particular, se regula el principio de la intangibilidad del expediente, en la siguiente forma:

> *153.1* El contenido del expediente es intangible, no pudiendo introducirse enmendaduras, alteraciones, entrelineados ni agregados en los documentos, una vez que hayan sido firmados por la autoridad competente. De ser necesarias, deberá dejarse constancia expresa y detallada de las modificaciones introducidas.
>
> *153.2* Los desgloses pueden solicitarse verbalmente y son otorgados bajo constancia del instructor y del solicitante, indicando fecha y folios, dejando una copia autenticada en el lugar correspondiente, con la foliatura respectiva.
>
> *153.3* Las entidades podrán emplear tecnología de microformas y medios informáticos para el archivo y tramitación de expedientes, previendo las seguridades, inalterabilidad e integridad de su contenido, de conformidad con la normatividad de la materia.
>
> *153.4* Si un expediente se extraviara, la administración tiene la obligación, bajo responsabilidad de reconstruir el mismo, independientemente de la solicitud del interesado, para tal efecto se aplicarán, en lo que le fuera aplicable, las reglas contenidas en el Artículo 140º del Código Procesal Civil.

III. EL PRINCIPIO DE EFICACIA

El primero de los principios del procedimiento administrativo que incluyen en su enumeración todas las leyes de procedimiento administrativo de América Latina, es el principio de la *eficacia,* incluido en las leyes de Argentina (art. 1), de Venezuela (art. 30), de Honduras (art. 19), de Brasil (art. 2) y de México (art. 13), y en el Decreto de Uruguay (art. 2).

Pero una definición precisa del principio de la eficacia se encuentra tanto en el Código colombiano (art. 3), como en la Ley de Perú (art. IV, 10,1), como principio de interpretación del procedimiento; textos a los cuales hemos hecho referencia anteriormente. En ellos se privilegia, en el procedimiento administrativo, el logro de su finalidad (para lo cual deben removerse todos los obstáculos formales y dilaciones innecesarias); el cual debe prevalecer sobre los formalismos cuya realización no incida en su validez ni disminuyan las garantías de los administrados.

Sobre este principio de la eficacia, el artículo 19 de Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela dispone que la actividad de los órganos y entes de la Administración Pública debe perseguir el cumplimiento eficaz de los objetivos y metas fijados en las normas, planes y compromisos de gestión, bajo la orientación de las políticas y estrategias establecidas por el Presidente de la República, por el gobernador, el alcalde según el caso (art. 19). En todo caso, el funcionamiento de los órganos y entes de la Administración Pública, debe comprender el seguimiento de las actividades, así como la evaluación y control del desempeño institucional y de los resultados alcanzados (art. 18).

Por su parte, en relación con este principio, la Ley de Honduras prescribe que "las cuestiones incidentales que se suscitaren en el procedimiento, incluso las que se refieren a la nulidad de actuaciones, no suspenderán el curso del procedimiento, salvo la recusación" (art. 39). En esta forma, el principio de la eficacia conlleva el principio de la conservación, del saneamiento o de la convalidación de los actos administrativos, a los efectos de que los procedimientos puedan lograr su finalidad.

En consecuencia, el logro del fin propuesto es lo que siempre debe orientar el desarrollo del procedimiento; fin que está vinculado como se ha señalado, tanto al interés general, como al interés de la Administración y al del administrado. El objetivo del procedimiento administrativo, en definitiva, es la satisfacción de esos fines en el menor tiempo y con el menor costo posible; de allí el principio de la eficacia, el cual implica varios otros que las leyes latinoamericanas recogen y que analizaremos comparativamente a continuación: el principio de la instrumentalidad; el principio de simplicidad y de la economía procedimental; el principio de la presunción de la legalidad y validez, es decir, el del logro de los efectos de los actos, comenzando por presumir que son válidos y eficaces; el principio *favor acti*; el principio de la conservación del acto; el principio *pro actione* o de la interpretación más favorable a lo solicitado, a la acción o al requerimiento, cuando se trate de procedimientos que se inicien a petición de parte; y el principio de la caducidad del procedimiento cuando no se cumplen las obligaciones por parte del interesado en la continuación del mismo, así como el de la prescripción de la actuación administrativa.

1. *El principio de la instrumentalidad: el objeto y la finalidad del procedimiento*

El principio de la instrumentalidad exige interpretar el procedimiento administrativo, no como un fin en sí mismo, sino como un instrumento o cauce para alcanzar un fin, pues lo que importa en el tratamiento del procedimiento es la finalidad perseguida por la Administración. Este principio, por supuesto, está vinculado al de la eficacia.

Esa finalidad del procedimiento, como se dijo, puede desdoblarse en tres, tal y como lo precisan las leyes de procedimiento administrativo: primero, el interés general; segundo, el interés del ciudadano, y tercero, el interés de la propia Administración en la relación jurídica (principios de racionalización del procedimiento administrativo).

A. *El cumplimiento de la acción administrativa*

El procedimiento administrativo, ante todo, tiene por finalidad "establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración sirva a la protección del interés general" (art. III, Título Preliminar, Ley del Perú), o en otras palabras, tiene por objeto asegurar el cumplimiento de la acción administrativa, vinculada al logro de un interés general (art. 209 Código de Colombia). Por ello, la Ley de Honduras establece que los principios del procedimiento administrativo buscan "garantizar la buena marcha de la Administración" (*Considerandos*); y la Ley General de Costa Rica precisa que "el procedimiento administrativo servirá para asegurar el mejor cumplimiento posible de los fines de la Administración" (art. 214,1); agregando que "la norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige" (art. 10).

Por su parte, el Código colombiano exige que los funcionarios deben tener en cuenta "que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley" (art. 2).

B. *La protección y garantía de los derechos de los administrados*

Pero además del logro de los fines propios del interés general que orientan la acción administrativa, el procedimiento tiene por finalidad la protección de los derechos e intereses de los administrados. Esto, como se ha mencionado, está expresado en la Constitución de 1999 al establecer que la Administración está al servicio de los administrados (art. 141); en la Ley General de Costa Rica, donde se precisa que el procedimiento administrativo debe desarrollarse, "con respeto para los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado."(art. 10,1 y 214,1); y en la de Honduras, la cual establece que el procedimiento se regula "como garantía de los derechos de los particulares frente a la actividad administrativa" (*Considerandos*). En igual sentido, se expresa el artículo III, Título Preliminar de la Ley del Perú.

De lo anterior resulta que la satisfacción de los "derechos de los particulares" también constituye un elemento central de la finalidad del procedimiento administrativo; y de allí ese principio de interpretación que recoge el artículo 2° del Código colombiano, al exigir de los funcionarios que en su actuación también tengan en cuenta "la efectividad de los derechos e intereses de los administrados."(art. 2).

Como se dijo, la Constitución venezolana de 1999 en forma expresa establece que "la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos" (art. 141); lo que reitera el artículo 3º de la Ley Orgánica de la Administración Pública, sustituyendo, sin embargo, la expresión ciudadanos por "particulares", agregando que en su actuación la Administración Pública debe dar preferencia a la atención de los requerimientos de la población y a la satisfacción de sus necesidades (art. 5).

Por su parte, el artículo 3 de dicha Ley Orgánica, señala que el "principal objetivo" de la organización y funcionamiento de la Administración Pública, es dar eficacia a los principios, valores y normas consagrados en la Constitución y, en especial, conforme se indica en el artículo 19 de la Constitución, "garantizar a todas las personas, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos".

La Administración Pública, agrega el artículo 5 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, debe asegurar a los particulares la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella; además, debe tener entre sus objetivos, la continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas, de acuerdo con las políticas fijadas y teniendo en cuenta los recursos disponibles, determinando al respecto las prestaciones que proporcionan los servicios de la Administración Pública, sus contenidos y los correspondientes estándares de calidad.

C. *Los principios de la simplicidad, de la uniformidad y de la racionalidad administrativa*

Pero además de los fines anteriores, también podría identificarse un tercer fin que guía la interpretación del procedimiento y que tiene que ver con la racionalización de la actividad administrativa, es decir, con los principios de la simplicidad, de la normalización o de la uniformización que se han querido establecer en muchos procesos de reforma administrativa y que regulan algunas leyes.

El principio enumerado en el Artículo 30 de la Ley, impone a la Administración el deber de actuar eficazmente en el procedimiento, con la productividad y la racionalidad administrativa requeridas. La Ley Orgánica venezolana establece, así, una serie de normas que conducen o deben conducir a la racionalidad administrativa para que haya una actuación clara de la Administración, y un procedimiento claramente establecido, y para que el particular sepa a qué atenerse frente a la Administración.

En efecto, muchas veces, la ineficacia administrativa se deriva de la falta de información existente, tanto del funcionario como del particular. La gran mayoría de las veces, el particular no sabe realmente qué es lo que tiene que hacer ante la Administración, y posiblemente, pierde tiempo, tanto él como la Administración en esta ignorancia, hasta determinar qué es lo que hay que hacer y qué trámites hay que cumplir para lograr que se tome una decisión administrativa. La Ley, con base a este principio de la eficacia, tiende a establecer una serie de principios de actuación administrativa para hacer más eficaz la actuación administrativa, entre los cuales se puede identificar los principios de la uniformidad; de la racionalidad; de la información; de la unidad; y de certeza.

En primer lugar, el Artículo 32 establece el principio de la uniformidad de los documentos y expedientes administrados, de manera que cada serie o tipo de documentos y procedimientos obedezca a iguales características. Esta uniformidad documental va a provocar, sin duda, una uniformidad de la acción administrativa.

Tradicionalmente, esta uniformidad no ha existido, y los diversos formularios y listas de requisitos en la Administración, ya configuran un museo viviente de formas y formalidades, distintas en cada caso, cuyo conocimiento se hace difícil por los administrados, y entorpece la marcha del procedimiento. La uniformidad contribuirá, por ello, a la eficacia: los particulares sabrán qué hacer y a qué atenerse en cada caso, y los funcionarios no tendrán que perder innumerables horas subsanando fallas e informando de ellas a los administrados.

Por otra parte, derivado del principio de la eficacia, el mismo Artículo 32 de la Ley define un principio de racionalidad, al exigir que la Administración racionalice sus sistemas y métodos de trabajo y vigile el cumplimiento de los mismos. La Administración, así, debe adoptar medidas y procedimientos más idóneos, siendo ésta una de las exigencias fundamentales de la reforma y de la eficacia de la Administración, para simplificar los procedimientos y métodos de trabajo.

Lamentablemente, la racionalidad no ha sido un signo característico de nuestra Administración. Muchas veces, actuaciones elementales y relativamente simples, han sido muy complicadas, como matricular un vehículo u obtener la licencia de conducir. Lo engorroso de los procedimientos, trámites y requisitos provocó precisamente en el área del tránsito terrestre, por lo absurdo y lento de los trámites, la aparición de gestores, es decir, de intermediarios entre Administración y administrado, para la realización de la tramitación. El gestor, por definición, es signo de ineficacia e irracionalidad administrativa, pues aquél aparece cuando el procedimiento es complicado, engorroso e ineficaz. Ahora, a veces, en lugar de eliminarse los gestores simplificando los procedimientos, la misma Administración los ha regularizado y se llegó a establecer, por ejemplo, en el antiguo Ministerio de Transporte y Comunicaciones, que el gestor tenía que obtener una licencia de gestoría. Así, en lugar de racionalizar el procedimiento, se llegó ha legalizado la actuación del gestor, y ello en muchos casos condujo al absurdo de que si el particular acudía personalmente a la taquilla respectiva, le exigían su licencia de gestor para poder hacer el trámite, lo que a veces ha tornado aún más irracional el procedimiento. En todo caso, la Ley buscó evitar estos elementos de irracionalidad, al establecer la necesidad de que se racionalicen sistemas y métodos, lo que, por supuesto exige, sin duda, una reforma administrativa funcional, que aún no se ha realizado completamente, a pesar de la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos.

En todo caso, estos principios del procedimiento administrativo los define la Ley del Perú, en el artículo IV del Título Preliminar, así:

> *1.13 Principio de simplicidad*. Los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria; es decir, los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir.

> *1.14 Principio de uniformidad*. La autoridad administrativa deberá establecer requisitos similares para trámites similares, garantizando que las excepciones a los principios generales no serán convertidas en la regla general. Toda diferenciación deberá basarse en criterios objetivos debidamente sustentados.

En esta orientación, la Ley Orgánica venezolana establece como obligación general, el que "la Administración *racionalizará* sus sistemas y métodos de trabajo y vigilará su cumplimiento" (art. 32), regulando, además, la uniformización de los documentos y expedientes, y el desarrollo de procedimientos en serie a los efectos de simplificar y racionalizar la actividad. (art. 35). Por su parte, el artículo 12 de la Ley Orgánica de Administración Pública de Venezuela dispone que la simplificación de los trámites administrativos será tarea permanente de los órganos y entes de la Administración Pública, así como la supresión de los que fueren innecesarios, todo de conformidad con los principios y normas que establezca la ley correspondiente. Por ello, estando la Administración Pública al servicio de los ciudadanos y, en general, de los particulares o administrados, la misma, debe desarrollar su actividad y organizarse de manera que los particulares:

> 1. Puedan resolver sus asuntos, ser auxiliados en la redacción formal de documentos administrativos, y recibir información de interés general por medios telefónicos, informáticos y telemáticos.
>
> 2. Puedan presentar reclamaciones sin el carácter de recursos administrativos, sobre el funcionamiento de la Administración Pública.
>
> 3. Puedan acceder fácilmente a información actualizada sobre el esquema de organización de los órganos y entes de la Administración Pública, así como a guías informativas sobre los procedimientos administrativos, servicios y prestaciones que ellos ofrecen. (art. 6)

En particular, debe recordarse que la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos venezolana de 1999, se destinó específicamente a desarrollar, en detalle este principio de la simplificación con el objeto de racionalizar las tramitaciones que realizan los particulares ante la Administración Pública; mejorar su eficiencia, pertinencia y utilidad, a fin de lograr mayor celeridad y funcionalidad en las mismas; reducir los gastos operativos; obtener ahorros presupuestarios; cubrir insuficiencias de carácter fiscal y mejorar las relaciones de la Administración Pública con los ciudadanos.

La Ley de Brasil, además, expresamente dispone que "los órganos y entidades administrativas deberán elaborar modelos y formularios uniformes para asuntos que impliquen pretensiones equivalentes" (Art. 7); y otro ejemplo de esta orientación normativa, puede encontrarse en el Reglamento de la Secretaría General Andina, el cual recoge en su artículo 5 estos principios, así:

En virtud del principio de uso de los procedimientos y formalidades para lograr el cumplimiento de los objetivos de la norma y de racionalización de la actividad administrativa, la Secretaría General deberá asegurarse de que las exigencias normativas en materia de procedimientos administrativos y de formalidades sean interpretadas en forma razonable y usadas sólo como instrumentos para alcanzar los objetivos de la norma.

En esta forma, por tanto, la expresión formal del principio de la instrumentalidad, es decir, del procedimiento como instrumento, como principio que debe guiar la interpretación y la aplicación de las normas por la Administración y por el juez administrativo, puede considerarse como un rasgo común en todas las normas de América Latina.

D. *El principio de la sujeción a los planes, metas y objetivos*

De acuerdo con la Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela, los órganos y entes de la Administración Pública, en su funcionamiento, deben sujetarse a las políticas, estrategias, metas y objetivos que se establezcan en los respectivos planes estratégicos y compromisos de gestión (art. 18).

En particular, en cuanto a la actividad de las unidades administrativas sustantivas de los órganos y entes de la Administración Pública, se debe corresponder y ceñir a su misión, y la actividad desarrollada por las unidades administrativas de apoyo técnico y logístico se debe adaptar a la de aquéllas (art. 19).

E. *El principio de la adecuación de los medios financieros a los fines*

La Ley Orgánica de la Administración Pública establece en esta materia un conjunto de principios que deben destacarse:

La asignación de recursos a los órganos y entes de la Administración Pública se debe ajustar estrictamente a los requerimientos de su funcionamiento para el logro de sus metas y objetivos. En todo caso, el funcionamiento de la Administración Pública debe propender a la utilización racional de los recursos humanos, materiales y presupuestarios (art. 20).

La Administración Pública además, debe procurar que sus unidades de apoyo administrativo no consuman un porcentaje del presupuesto destinado al sector correspondiente mayor que el estrictamente necesario. A tales fines, los titulares de la potestad organizativa de los órganos y entes de la Administración Pública, previo estudio económico y con base en los índices que fueren más eficaces de acuerdo al sector correspondiente, deben determinar los porcentajes mínimos de gasto permitido en unidades de apoyo administrativo (art. 20).

Por otra parte, conforme al artículo 21 de la LOAP el tamaño y la estructura organizativa de los órganos y entes de la Administración Pública deben ser proporcionales y consistentes con los fines y propósitos que les han sido asignados. Las formas organizativas que adopte la Administración Pública deben ser suficientes para el cumplimiento de sus metas y objetivos y deben propender a la utilización racional de los recursos del Estado.

Sin perjuicio de sus unidades estratégicas propias, el artículo 20 de la Ley Orgánica autoriza a los órganos de la Administración Pública para incluir oficinas técnicas de carácter estratégico, integradas por un cuerpo multidisciplinario de asesores cuya remuneración se puede establecer por vía contractual con base en honorarios profesionales u otras modalidades fijadas de conformidad con la ley, al margen de la escala de los sueldos y salarios de la Administración Pública, con el objeto de obtener una asesoría técnica de máxima calidad y eficiencia.

F. *El principio de la privatización*

Como lo señala el artículo 20 de la Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela, en los casos en que las actividades de los órganos y entes de la Administración Pública, en ejercicio de potestades públicas que por su naturaleza lo permitan, fueren más económicas y eficientes mediante la gestión del sector privado o de las comunidades, dichas actividades deben ser transferidas a éstos, de conformidad con la ley, reservándose la Administración Pública la supervisión, evaluación y control del desempeño y de los resultados de la gestión transferida (art. 20).

G. *La desviación del procedimiento administrativo*

La consecuencia del principio de la instrumentalidad referido a la finalidad del procedimiento conduce a plantear lo que la jurisprudencia francesa, desde hace varias décadas venía identificando como un vicio específico del acto administrativo, derivado del viejo vicio de la desviación de poder, pero aplicado al procedimiento, denominado "vicio de

desviación de procedimiento". Si los procedimientos se establecen para una determinada finalidad, la consecuencia es que la utilización de un procedimiento para fines distintos a los establecidos en las normas origina, no ya un vicio de desviación de poder en el resultado, es decir, en el acto administrativo, sino un vicio propio de desviación del procedimiento, que afecta el acto resultante.

En el derecho venezolano, el tema se planteó en diversas ocasiones ante la antigua Corte Suprema de Justicia en relación con el procedimiento expropiatorio. Si el procedimiento expropiatorio tiene por objeto y finalidad lograr el apoderamiento forzoso de la propiedad privada para un fin determinado, que tiene que estar previamente declarado en la ley como de utilidad pública o interés social, de acuerdo a los principios generales de la materia, es evidente que este procedimiento no se puede desarrollar para cumplir otros fines. Sin embargo, no era infrecuente hace algunas décadas, por ejemplo, la utilización del procedimiento expropiatorio para congelar la propiedad urbana: se decretaba la expropiación de un área de una ciudad, no para expropiarla efectivamente ni para que el Estado se apoderara de esa tierra e hiciera un desarrollo social, sino para congelar el desarrollo urbanístico. En esos casos, el Estado muchas veces ni siquiera tenía los recursos necesarios para ejecutar la expropiación, ni los planos de las obras, por lo cual el Decreto de afectación de un área urbana, en realidad, no tenía por objeto ejecutar expropiación alguna, sino otros fines de ordenamiento urbanístico indirecto, a través del congelamiento del uso de la propiedad. La consecuencia era que decretada una afectación a los efectos de expropiación de un área importante de la ciudad, las autoridades municipales no otorgaban los permisos o autorizaciones urbanísticas necesarias, lo que ponía en evidencia, una clara desviación del procedimiento. En más de una ocasión, este tema se planteó ante la jurisdicción contencioso-administrativa, mediante la impugnación de Decretos de afectación que no tenían por objeto expropiar sino otros fines distintos a los previstos en la norma[2].

Esta aproximación al tema confirma el principio general de interpretación del procedimiento administrativo, de su instrumentalidad, que debe guiar tanto la actividad del juez como la de la Administración, en la aplicación de los procedimientos administrativos.

2. *El principio de economía procedimental*

Otro principio general del procedimiento administrativo previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos es el principio de la economía procesal. En efecto, en general, debe consicderarse que los procedimientos se establecen para resolver los asuntos, y no para dilatarlos. Lamentablemente, la distorsión que ha sufrido el procedimiento civil, en muchos casos llevó a considerar al procedimiento civil como un instrumento de dilación y no como un instrumento de solución de problemas. Por en muchos casos ha habido una justicia eterna, de larga duración, comandada, a veces, por jueces que olvidan que su misión fundamental es decidir en el fondo de los asuntos, y que consideran, al contrario, que el procedimiento civil sirve para no decidir. Lamentablemente esto ha ocurrido con frecuencia en el procedimiento civil, quedando de lado el principio de la economía procesal, que exige, al contrario, decisiones en el tiempo más corto posible.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, al contrario, puede decirse que, afortunadamente, está imbuida por el principio de la economía procedimental, es decir, por la necesidad de que se decida administrativamente con celeridad y economizando lapsos. Por tanto, si la Ley prescribe formas, es para que se manifieste adecuadamente la voluntad de la Administración, es decir, para que se dicte un acto y no para dilatar las decisiones.

---

2 Véase Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley de Expropiación por cusa de utilidad pública y de interés social*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002.

Este principio de la economía procedimental, en primer lugar, está formulado con carácter general en el Artículo 30 que prescribe que la actividad administrativa se debe desarrollar con arreglo a los principios de *economía,* eficacia, *celeridad* e imparcialidad. Ahora bien, este principio de la economía procedimental, además, se encuentra formulado y ratificado en diversas normas de la Ley Orgánica. Entre ellas, deben destacarse todas aquellas que prevén la necesidad de que los funcionarios públicos adviertan oportunamente y de una sola vez, a los particulares, las fallas o deficiencias que observaren en sus solicitudes o peticiones, a los efectos de que aquéllas sean subsanadas. Estas normas, sin duda, han contribuido a agilizar los procedimientos administrativos, es decir, a economizar el proceso y a eliminar la práctica tradicional del procedimiento administrativo, que consistía en el sistema de advertir las fallas parcial y sucesivamente, en cada trámite, haciendo interminable el proceso. Esto tiende a ser evitado por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos a través de varias normas que imponen al funcionario cuando recibe, por primera vez, la solicitud o el escrito, de advertirle al particular las fallas u omisiones para que las corrija. Por ejemplo, en el Artículo 5 la Ley establece, que en aquellos casos de peticiones que no requieren sustanciación, sino que se deban resolver con la presentación pura y simple de la petición en un lapso de 20 días hábiles, que la Administración debe informar al interesado por escrito y dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud, de las omisiones o incumplimiento por éste de algún requisito. Por tanto, obligatoriamente debe advertirse de esas fallas al inicio del procedimiento, para que el particular las subsane de manera que pueda ser resuelta la solicitud.

El principio, por otra parte, está establecido con carácter general en el Artículo 45 de la Ley cuando regula la recepción de documentos, lo que ha obligado a la transformación de las tradicionales oficinas receptorías de correspondencia de la Administración. Conforme lo exige en el Artículo 45 de la Ley, los funcionarios que reciban la documentación, en el registro respectivo, deben advertir a los interesados de las omisiones y de las irregularidades que observen en las solicitudes, y sin poder negarse a recibirlas, por lo que también están obligados a recibir las peticiones a pesar de que falte cumplir alguna formalidad. Por tanto, el funcionario de registro tiene que ser ahora un funcionario de cierto nivel que conozca de los asuntos administrativos del organismo y que con su conocimiento, contribuya a que no se produzcan dilaciones derivadas de las fallas en las solicitudes.

Pero aun en el caso de que recibida una solicitud, no se tenga toda la información requerida, el Artículo 50 de la Ley establece en los procedimientos que sí requieren sustanciación, que cuando en el escrito faltare cualquiera de los requisitos exigidos en el Artículo 49 de la Ley, la autoridad que deba iniciar las actuaciones debe notificar al solicitante o presentante, comunicándole cuáles son las omisiones y faltas observadas, para que las subsane y las corrija en un lapso de 15 días hábiles. Si el interesado presentare oportunamente el escrito o solicitud con las correcciones exigidas, y ésta fuere de nuevo objetada por la Administración debido a nuevos errores u omisiones, él solicitante, dispone ese mismo Artículo, puede ejercer el recurso jerárquico contra la segunda decisión o bies corregir nuevamente sus documentos conforme a las indicaciones del funcionario. Por tanto, la Ley Orgánica prevé así mecanismos de defensa del particular, cuando estime que lo que se le está pidiendo no es lo legalmente exigible y que está destinado a que haya una dilación en el procedimiento, que se busca a través de la devolución o de la exigencia del cumplimiento de nuevos requisitos.

El principio de la economía procesal también está regulado al permitirse el envío de documentos a la Administración mediante el correo. Por ejemplo, con una Administración con tendencia centralizante, muchas veces el administrado vive lejos de la oficina administrativa en la cual debe interponerse un escrito o recurso. Por ello, para evitar perjuicios derivados del incumplimiento de lapsos, la Ley, también, por razones de economía procesal,

establece que puede utilizarse el correo para el envío o la presentación de documentos. Por tanto, en beneficio del particular, establece el Artículo 45, que se entiende que los administrados actúan en tiempo hábil cuando los documentos correspondientes fueren remitidos por correo al órgano competente, con anterioridad al vencimiento de los lapsos, y por supuesto, siempre que quede constancia de la fecha de remisión en el correo.

El principio e la economía procedimental, en todo caso, se encuentra ampliamente desarrollado en las leyes de procedimientos administrativos de América Latina, en todos los aspectos antes mencionados, como consecuencia del principio de la eficacia, a los efectos de que el cumplimiento del fin propuesto se logre con el menor costo y en la forma más rápida posible.

A. *La reducción de los trámites e instancias*

En efecto, con este principio de la economía procedimental se busca evitar trámites inútiles e innecesarios; agilizar las diligencias; y eliminar las demoras innecesarias. En tal sentido, la Ley 19880 de Chile dedica un extenso artículo a desarrollar el principio, con el siguiente contenido:

> *Artículo* 9º. Principio de economía procedimental. La Administración debe responder a la máxima economía de medios con eficacia, evitando trámites dilatorios.
>
> Se decidirán en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan un impulso simultáneo, siempre que no sea obligatorio su cumplimiento sucesivo.
>
> Al solicitar los trámites que deban ser cumplidos por otros órganos, deberá consignarse en la comunicación cursada el plazo establecido al efecto.
>
> Las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento, incluso las que se refieran a la nulidad de actuaciones, no suspenderán la tramitación del mismo, a menos que la Administración, por resolución fundada, determine lo contrario.

De allí el principio general, que deriva del artículo 116 de la Ley de Honduras, conforme al cual "los funcionarios responsables de la tramitación de los expedientes adoptarán las medidas que conduzcan a evitar todo entorpecimiento o demora por innecesarias diligencias".

Además, del principio de la economía procesal deriva el de la concentración de los actos procesales (principio de la concentración), que la Administración debe seguir, a los efectos, por ejemplo, de aproximar actos procesales de manera que puedan cumplirse en forma simultánea para evitar dilaciones. Por ello, expresamente las leyes de Brasil (art. 8), del Perú (art. 149) y de Honduras regulan por ejemplo, la acumulación de expedientes; esta última indicando que "cuando se tramiten dos o más expedientes separados que, no obstante, guarden una íntima conexión entre sí y puedan ser resueltos por un mismo acto, el órgano competente, de oficio o a petición de los interesados, podrá disponer su acumulación" (Art. 66).

Del principio de la economía procedimental, también deriva todo el régimen regulador de las instancias administrativas de revisión, a los efectos de que, por ejemplo, existan sólo dos instancias de revisión: la que corresponde a la autoridad que dicta el acto y la que corresponde a una autoridad superior que lo revise; siendo contrarios al principio de economía procesal aquellos procedimientos administrativos que establecen una larga cadena de recursos en vía administrativa.

Es el caso, lamentablemente, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, que estableció de manera inconveniente una larga cadena de recursos administrativos, que antes no existían, cuando se trata de la impugnación de actos administrati-

vos dictados por las autoridades de un Instituto Autónomo. En estos casos, conforme a dicha Ley Orgánica, si se trata de un acto administrativo dictado por una autoridad inferior de un Instituto Autónomo, debe acudirse en reconsideración ante la misma autoridad; luego, en vía jerárquica, ante la autoridad superior del Instituto, y luego, para poder acudir al contencioso administrativo, se debe agotar la vía administrativa ante el Ministro de adscripción. Por lo cual, la impugnación de actos administrativos emanados de institutos autónomos se convierte en una tarea casi imposible, dado el régimen contrario al principio de la economía procedimental que, al contrario, lo que busca es la simplificación y el desarrollo del procedimiento en la forma menos costosa.

Debe destacarse, de nuevo, que en el Código colombiano también se encuentra una definición del principio de economía, al exigirse que:

> Las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa. (art. 3).

El mismo principio lo recoge el Reglamento de la Comunidad Andina en el cual, a pesar de la influencia de la legislación colombiana, se lo califica como principio de economía procesal; al disponer su artículo 5º lo siguiente:

> En virtud del principio de economía procesal, la Secretaría General tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar la adopción de Resoluciones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, y que no se exijan mas documentos y copias que los estrictamente necesarios.

Estos, además de la Ley 19880 de Chile, son los tres únicos cuerpos normativos que definen en detalle el principio de economía en el procedimiento administrativo. En cambio, en la generalidad de las leyes de procedimiento sólo se realiza la enunciación del principio de “economía”, simplemente sin definir el contenido, como sucede con las leyes argentina (art. 7), hondureña (art. 19), venezolana (art. 30), uruguaya (art. 2) y mexicana (art. 13).

Sin embargo, en el Decreto de Uruguay se desarrolla el principio al prescribir en su artículo 8 que “en el procedimiento administrativo deberá asegurarse la celeridad, simplicidad y economía del mismo y evitarse la realización o exigencia de trámites, formalismos o recaudos innecesarios o arbitrarios que compliquen o dificulten su desenvolvimiento”. Más recientemente, sin embargo, se han sancionado Leyes especialmente destinadas a simplificar los procedimientos, como ha sucedido con la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos de Venezuela de 1999 y el Decreto Nº 266 de 2000 de Colombia.

En todo caso, este principio de la economía procedimental en las distintas leyes de América Latina plantea diversas soluciones e implica otros principios, por ejemplo, el principio del informalismo o del informalismo de las formalidades; el principio *favor acti* y el principio de la conservación de los actos administrativos.

B. *El respeto a las formas en un régimen de informalismo o antiformalidad*

El procedimiento administrativo, hemos dicho, se configura como un conjunto de actos y actuaciones estrechamente vinculados entre sí, con el objeto de obtener un resultado concreto que, generalmente, se materializa en un acto administrativo. Por ello, en definitiva, el procedimiento administrativo se identifica con el conjunto de formas y formalidades establecidas para guiar la acción de la Administración con miras a la obtención de ese resultado y como garantía de los administrados contra las arbitrariedades de los funcionarios.

Sin embargo, es evidente, como lo ha observado Guy Isaac, que si el procedimiento administrativo «se convirtiera en un formalismo puntilloso y estrecho que originara una Administración pendiente de nimiedades, el procedimiento se tornaría, en definitiva, contra los ciudadanos, en lugar de constituir una garantía en su beneficio»[3]. De allí el principio del carácter no formalista del procedimiento administrativo o del informalismo de las formalidades en relación a los administrados.

En Venezuela, como hemos señalado anteriormente, antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica, la jurisprudencia había estimado que no se podía aplicar a la Administración Pública el excesivo formalismo del Código de Procedimiento Civil, por lo que en ausencia de una normativa general, el procedimiento administrativo tenía cierta flexibilidad. Sin embargo, al dictarse la Ley Orgánica, al contrario, el primer principio que la informa es el principio del respeto a las formas, por lo que no será el arbitrio del funcionario el que va a determinar cómo debe seguirse un procedimiento, sino que es la Ley la que prescribe una serie de formas, lapsos y trámites que deben cumplirse como requisitos para que el acto administrativo sea válido. Por tanto, el primer principio del procedimiento administrativo es el del respeto a las formas, que encontramos definido en el Artículo 1º de la Ley Orgánica, cuando prescribe que: aquellos órganos a los cuales se aplica deberán ajustar su actuación a las formalidades legales, o como dice el texto, "ajustarán su actividad" a las prescripciones de la Ley, lo cual se configura como una obligación legal de ajustar la actividad a las formas que prevé la Ley.

Por otra parte, este principio del respeto a las formas se deduce también del Artículo 19, ordinal 4, cuando sanciona con el vicio de nulidad absoluta, aquellos actos dictados con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido. Por tanto, si hay un procedimiento legalmente establecido, la Administración debe cumplirlo y está obligada a ajustarse a él; si actúa con prescindencia total y absoluta del procedimiento, el acto dictado es nulo de nulidad absoluta, por lo que, no puede producir efectos jurídicos y puede ser revocado en cualquier momento. Si no se trata de una prescindencia absoluta y total del procedimiento, sino de una violación de alguna de las formas del mismo, no habría nulidad absoluta, sino sólo una nulidad relativa o anulabilidad, tal como lo define el Artículo 20 de la Ley, que podría dar origen a que los actos dictados puedan ser eventualmente impugnados o atacados por los particulares.

En todo caso, estos vicios son consecuencia de este principio del respeto a las formas, como primer principio del procedimiento, el cual está regulado en otras normas en forma indirecta. Por ejemplo, no sólo la Administración debe ajustarse al procedimiento como una fórmula general del Artículo 1º, sino que la Ley obliga a los funcionarios respectivos, a cumplir y tramitar los asuntos cuyo conocimiento les corresponde, y deben hacerlo sin retardar los procedimientos, sin omitir formas, sin distorsionar los procedimientos y sin incumplir fases del mismo. Esto se deriva del Artículo 3 de la Ley, conforme al cual los funcionarios al servicio de la Administración están obligados a tramitar los asuntos cuyo conocimiento les corresponde, y como toda obligación implica responsabilidad, son responsables por las faltas en que incurran. Así, la violación de una forma prescrita, origina responsabilidad del funcionario y el derecho del particular a reclamar contra la violación de las formas ante el superior. Por ello la Ley consagra, en ese mismo Artículo 3, un recurso de reclamo dándole al particular la posibilidad de reclamar ante el superior jerárquico por el retardo, omisión, distorsión, o por el incumplimiento de cualquier procedimiento, trámite o plazo en que incurran los funcionarios responsables del asunto.

---

3 G. Isaac, *La Procédure Administrative non contentieuse*, París, 1968, p. 287.

Por tanto, el respeto a las formas conlleva la obligación de la Administración y de los funcionarios de ajustarse a las mismas originando su violación la responsabilidad del funcionario, por una parte, y, por la otra, el derecho del particular a reclamar contra las mismas en vía administrativa. Esta regulación, que parece elemental, no existía con anterioridad a la Ley Orgánica, cuando los funcionarios incumplían normas de procedimiento y el particular no tenía ninguna vía de reclamo, formalmente regulada, como ésta que prescribe un procedimiento específico para poder reclamar ante el superior y quejarse de lo que está haciendo el funcionario inferior.

Por otra parte, la responsabilidad derivada del incumplimiento de las formas que está en el Artículo 3, se conecta con el Artículo 100 de la Ley, que establece las sanciones que deben imponerse a los funcionarios por retardo, omisión, distorsión o incumplimiento de cualquier disposición, procedimiento, trámite o plazo establecido en la Ley; y decimos que deben ser impuestas, y no sólo pueden, porque la Ley establece la obligación del superior jerárquico de iniciar el procedimiento sancionatorio. Por tanto, no es potestativo del funcionario superior, el sancionar o no al inferior que ha incurrido en retardo u omisión del procedimiento y que ha sido denunciado y comprobado, sino que es obligatorio, por lo que el Artículo 103, inclusive, declara que incurre en falta grave que debe ser castigada de acuerdo a la Ley de Carrera Administrativa, el funcionario superior que no inicie el procedimiento para la aplicación de sanciones al inferior.

Hemos señalado que las formas prescritas en la Ley son obligatorias tanto respecto a la Administración como respecto a los funcionarios, como lo establecen los Artículos 1º y 3º. Pero, esta obligatoriedad de las formas, también se extienden a los particulares, especialmente en materia de lapsos. El Artículo 41 de la Ley, en efecto, señala que los términos o plazos que establece, así como los establecidos en otras leyes relativas a procedimientos administrativos, obligan por igual tanto a las autoridades y funcionarios competentes para el despacho de los asuntos, como a los particulares interesados en los mismos.

Para hacer que estos lapsos y plazos, sean efectivamente imperativos, la Ley en el Artículo 42 establece la forma como deben contarse en el procedimiento administrativo, recogiendo el sentido general de una de las regulaciones del Código de Procedimiento Civil, pero adaptado a la Administración Pública y su funcionamiento. Se establece así, por ejemplo, que en los términos y plazos que vengan establecidos por días, se computarán exclusivamente los hábiles, y se contarán siempre a partir del día siguiente a aquél en que tenga lugar la notificación o publicación del acto, es decir, a partir del momento en que comienza a surtir efectos.

Ahora bien, el principio del respeto a las formas, como se dijo, no puede conducir al formalismo puntilloso, por lo que el procedimiento administrativo también está regido por el principio de la "informalidad". Por ello, la Ley argentina de Procedimiento Administrativo prescribe que las normas de procedimiento que establece deben ajustarse al requisito del «informalismo», en el sentido de que debe «excusarse la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que pueden ser cumplidas posteriormente» (art. 1.c).

Más precisamente, el Decreto 640 de Uruguay establece que "en el procedimiento administrativo se aplicará el *principio del informalismo* en favor de la administración siempre que se trate de la inobservancia de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente» (art. 23). En la Ley del Perú, también se define el principio del informalismo, en forma detallada en el artículo IV, Título Preliminar, así:

> *1.6 Principio de informalismo.* Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.

Por su parte, la Ley 19880 de Chile regula el principio, al que denomina "de la no formalización", en los siguientes términos:

> *Artículo* 13. Principio de la no formalización. El procedimiento debe desarrollarse con sencillez y eficacia, de modo que las formalidades que se exijan sean aquéllas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares.

El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado.

La Administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros.

Por otra parte, como secuela del principio, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica establece que las normas del procedimiento administrativo «deberán interpretarse en forma favorable a la admisión y decisión final de las peticiones de los administrados». Es en definitiva, el principio *in dubio pro actione* o de la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de petición para asegurar más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento. En materia de procedimiento administrativo, el principio se traduce en que el formalismo debe ser interpretado en favor del administrado, precisando, la legislación argentina, sin embargo, que «el informalismo no podrá servir para subsanar nulidades que sean absolutas» (art. 224).

En aplicación de este principio, las leyes de procedimiento administrativo, por ejemplo, establecen el deber de los funcionarios administrativos que reciban las peticiones, de advertir a los interesados de las omisiones y de las irregularidades que observen en las mismas, pero sin que puedan negarse a recibirlas (Art. 45 Ley Orgánica Venezuela; art. 11 Código Colombia).

Además, si después de presentada la petición, la Administración observare que en la solicitud o escrito faltan cualesquiera de los requisitos exigidos en las leyes, el funcionario está obligado a notificar al interesado comunicándole las omisiones o faltas observadas a fin de que en un plazo determinado (10 días generalmente) proceda a subsanarlos. Incluso se prevé en estos casos, que si la Administración objeta las correcciones, el interesado puede interponer un recurso contra la decisión (Art. 50, Ley Orgánica Venezuela; art. 12, Código Colombia; art. 287 Ley General Costa Rica).

Por otra parte, este principio del informalismo, por supuesto, también se relaciona con el carácter instrumental del procedimiento, de manera que éste no se convierta en un fin en sí mismo, puramente adjetivo, que pueda revertir, por el excesivo formalismo, contra el administrado, convirtiéndose menos en una garantía y más en una carga.

No sólo este principio tiende a obviar los efectos del incumplimiento de trámites no esenciales por parte de los particulares, sino que también puede aplicarse a la propia Administración, en el sentido de que siempre que el acto administrativo aparezca expresado en forma clara y comprensible podrán obviarse algunas exigencias no esenciales.

Esto se encuentra expresado en la Ley General de Costa Rica, la cual materialmente hace presumir que existe un acto administrativo cuando haya "comportamientos y actividades materiales de la Administración que tengan un sentido unívoco y sean incompatibles con una voluntad diversa" (art. 137).

En estos casos, dichas manifestaciones sirven para expresar el acto, aún cuando éste no tenga la forma exigida, siempre que de forma unívoca así pueda deducirse, de manera que la Administración no pueda, ella misma excusarse por la ausencia de un elemento formal para que pueda haber una manifestación de voluntad, y así deba ser entendida.

Este informalismo en las leyes de procedimiento administrativo trae regulaciones variadas que conducen a otro principio, que es el principio de la flexibilidad del procedimiento y de los trámites procedimentales mediante, por ejemplo, la eliminación del principio de la preclusividad de los lapsos y de actos procesales (arts. 23 y 60 de la Ley venezolana), propio del procedimiento civil. Igualmente, mediante la posibilidad de alegación por parte de los particulares en cualquier momento (art. 62 de la Ley venezolana), por ejemplo, porque no exista un lapso preciso de contestación, y aún cuando algunas leyes de procedimiento lo establezcan, si ese lapso transcurre ello no debe impedir que se pueda alegar en cualquier momento, sin que pueda la Administración rechazar alegatos que se formulen posteriormente al lapso formal establecido para ello. También, mediante la utilización de cualquier tipo de pruebas (art. 58 de la Ley venezolana); y la intrascendencia en la calificación de los recursos (art. 86 de la Ley venezolana). Es decir, por el hecho de que un administrado particular se equivoque en la calificación del recurso que interpone, siempre y cuando de su escrito se deduzca claramente de que tipo de recurso se trata, la Administración no puede rechazarlo y, al contrario, está obligada a interpretarlo en favor del particular y de flexibilizar esta ausencia de cumplimiento del formalismo en la calificación del recurso (art. 213 Ley peruana).

C. *El principio de la colegialidad*

En relación con el informalismo, en contraste, en determinados procedimientos expresamente se exige una serie de requisitos de carácter formal para el cumplimiento de la actividad administrativa.

Se trata, en particular, de los casos en los cuales actúan cuerpos colegiados, en los cuales la formación de la voluntad normalmente requiere del cumplimiento de una serie de requisitos formales para integrarla. En estos casos, normalmente se está en presencia de un procedimiento complejo que, por lo general, tiene sucesivas fases que van desde la convocatoria, a los efectos de poder llevar al conocimiento de los integrantes del cuerpo colegiado el inicio del procedimiento, hasta los requisitos del "quórum" para la instalación, para la discusión y para la decisión, lo cual contrasta de manera directa con el informalismo.

En estos casos, al contrario, el elemento formal adquiere, por ejemplo gran importancia para expresar la voluntad del cuerpo colegiado una vez que se adopta una decisión. Por ello, algunas leyes como la peruana dedican expresamente un conjunto de normas (arts. 95 a 102) a regular los "órganos colegiados".

Un aspecto formal de primera importancia en la actuación de los órganos colegiados, por ejemplo, se refiere a la necesidad de que tomada una decisión, la misma debe expresarse en el acta de la sesión del cuerpo. Una vez que se levanta dicha acta, y se aprueba, se presume que el acto que se llevó a cabo quedó expresado en el acta y ésta sustituye todo lo que pudo haber ocurrido en la sesión en la cual se adoptó el acto, la cual no podrá volver a repetirse ya que tuvo su oportunidad única. Por ello, ese elemento formal se configura en esencial. Por ejemplo, en materia electoral, una vez que se levanta el acta de escrutinio de votos por la mesa o junta electoral, el acto queda resumido en el acta. Esto se aplica también a las decisiones de los Concejos Municipales y del Consejo de Ministros. Aprobada el acta de la sesión, el acto o decisión tomados quedan subsumidos en dicho documento (acta).

D. *El principio favor acti: (favor administrationis)*

El principio *favor acti* implica que la Administración debe interpretar el procedimiento de manera que sea favorable a la emisión del acto administrativo, es decir, a la obra de la Administración. Por tanto, ante el no acatamiento de elementos formales en el procedimiento, debe preferirse evitar la ineficacia o plantear una ineficacia parcial, que concluir

con la ineficacia total del acto. Es decir, el procedimiento debe interpretarse de manera que efectivamente pueda haber una decisión, sin que la falta de cumplimiento de determinadas formalidades afecte el acto y la propia voluntad de la Administración.

Este principio *favor acti* o también, *favor administrationis*, por ejemplo, tiene relación con el tema del funcionario de hecho; es decir, aquél que, no estando investido de autoridad de manera regular, adopta alguna decisión que, sin embargo, debe ser reconocida por la Administración, siempre que haya actuado de buena fe, sobretodo en relación con los administrados.

Sobre este tema es de destacar que Ley General de Costa Rica dedica un capítulo entero al régimen del "funcionario de hecho", definiéndolo así:

> *Artículo 115*. Será funcionario de hecho el que hace lo que el servidor público regular, pero sin investidura o con una investidura inválida o ineficaz, aún fuera de situaciones de urgencia o de cambios ilegítimos de gobierno, siempre que se den las siguientes circunstancias:
>
> a) Que no se haya declarado todavía la ausencia o la irregularidad de la investidura, ni administrativa ni jurisdiccionalmente; y
>
> b) Que la conducta sea desarrollada en forma pública, pacífica, continua y normalmente acomodada a derecho.

Si reúnen estas características, las decisiones de los funcionarios de hecho se tienen como válidas con respecto a la propia Administración y al particular. Así lo precisa la legislación de Costa Rica:

> 1. Los actos de un funcionario de hecho serán válidos aunque perjudiquen al administrado y aunque éste tenga conocimiento de la irregularidad de la investidura de aquél.
>
> 2. La Administración quedará obligada o favorecida ante terceros por virtud de los mismos (art. 116).

La Ley General, además, llega a establecer responsabilidades a cargo de los funcionarios de hecho en relación con la Administración y con los administrados, por los daños que ocasionen en su ejercicio, declarando que "La Administración será responsable ante los administrados por la conducta del funcionario de hecho" (art. 118,2).

E. *El principio de la finalidad y de la conservación*

a. *El principio conservatio acti: la subsanabilidad de los actos de la Administración y de los interesados y la corrección de errores materiales*

Si el objetivo del procedimiento es lograr un fin determinado que normalmente se alcanza con la emisión de un acto administrativo, el principio es que deben hacerse todos los esfuerzos por que el mismo se conserve posteriormente.

De allí el principio de la *conservatio acti* que persigue que los errores que puedan tener los actos administrativos deben subsanarse sin que se afecte el acto mismo, una vez que con lo actuado se pueda alcanzar la finalidad perseguida. Así lo establece la Ley de Honduras al señalar que el órgano que declare la nulidad de actuaciones debe disponer "siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido, de no haberse realizado la infracción origen de la nulidad" (art. 39). En igual sentido, se dispone en la Ley peruana, (art. 13.3), la cual agrega que la nulidad de un acto debe considerarse que sólo implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estén vinculados a él (art. 13,1 Ley del Perú).

Este principio conduce por supuesto, a la necesidad de la corrección de errores materiales de los actos administrativos[4], lo que se encuentra regulado expresamente en las leyes de Venezuela, Honduras y Costa Rica y en el Reglamento de la Comunidad Andina. En la primera este principio se regula disponiéndose que "La administración podrá en cualquier tiempo corregir errores materiales o de cálculo en que hubiere incurrido, en la configuración de los actos administrativos" (Art. 84). La Ley General de Costa Rica también precisa que: "En cualquier tiempo podrá la Administración rectificar los errores materiales o de hecho y los aritméticos" (art. 157); a lo que agrega la Ley de Honduras, que ello puede hacerse "siempre que la enmienda no altere lo sustancial del acto o decisión" (art. 128). La regulación también la recoge la Ley del Perú, agregando, sin embargo, que la rectificación de los errores sea "con efecto retroactivo" (art. 201.1). El mismo principio se expresa en el Reglamento de la Secretaría General de la Comunidad Andina (Art. 35). En este aspecto, se destaca el artículo 62 de la Ley 19880 de Chile, que dispone sobre la "aclaración de oficio" que en cualquier momento, "la autoridad administrativa que hubiere dictado una decisión que ponga término a un procedimiento podrá, de oficio o a petición del interesado, aclarar los puntos dudosos u obscuros y rectificar los errores de copia, de referencia, de cálculos numéricos y, en general, los puramente materiales o de hechos que aparecieren de manifiesto en el acto administrativo".

Es precisamente en virtud de este principio de la corrección de errores materiales, que deriva del principio del informalismo y de la economía procedimental, que la Administración no tiene por qué concluir siempre con la revocación del acto incorrecto, pudiendo siempre corregirlo, de oficio o a petición de parte, en cualquier momento. Es un principio de lógica administrativa que, sin embargo, encuentra su expresión formal en estas leyes de procedimiento administrativo, incluso en relación con los actos de los administrados. En tal sentido, la Ley de Honduras dispone que:

> *Artículo 115*. Para evitar nulidades, la Administración señalará a la parte interesada los defectos de que adolezcan los actos producidos por ésta y ordenará que se subsanen de oficio o por el interesado dentro de un plazo de tres días.

b. *La convalidación, la enmienda, el saneamiento y la conversión*

Aún en presencia de vicios o irregularidades más sustanciales en los actos administrativos, que no puedan resolverse con la sola corrección de errores materiales o aritméticos, el principio de que los actos deben ser mantenidos, de que deben conservarse y de que debe haber la posibilidad de subsanar los vicios que puedan afectarlos formalmente, siempre que no impliquen su nulidad absoluta; ha originado el principio de conservación de los actos administrativos con vistas a su finalidad, dando origen a las técnicas de convalidación, enmienda, saneamiento o conversión para evitar la extinción de los mismos.

En efecto, un principio general que puede derivarse de las regulaciones de las leyes latinoamericanas es el de que la convalidación de los actos administrativos sólo puede referirse a la corrección de vicios de nulidad relativa o de anulabilidad, y no puede implicar la corrección de vicios de nulidad absoluta. Por tanto, si lo que afecta al acto administrativo son vicios de orden público, de indefensión o violaciones de derechos y garantías constitucionales, estos vicios no podrían ser subsanados y convalidarse el acto administrativo. La convalidación procederá, entonces, sólo cuando existan errores formales en la voluntad, en la competencia o de formalidades sustanciales que, sin embargo, puedan ser corregidos por la Administración para conservar el acto.

4 Fanny Rubio C., *La potestad correctiva*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, 129 páginas.

En esta materia, por otra parte, pueden distinguirse las técnicas de convalidación, de saneamiento y de conversión que la Ley General de Costa Rica identifica con precisión.

En *primer lugar*, en cuanto a la convalidación, ésta se produce cuando dictado un acto administrativo que sea relativamente nulo por vicio en la forma, en el contenido o en la competencia, se dicta un nuevo acto administrativo que lo convalide, con indicación precisa del vicio y de la corrección. En estos casos, conforme a la Ley General de Costa Rica, "la convalidación tiene efecto retroactivo a la fecha del acto convalidado" (art. 187,2).

En la Ley venezolana, en materia de convalidación del acto administrativo, sólo se indica, pura y simplemente, que "la administración podrá convalidar en cualquier momento los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan" (art. 81). En sentido similar se regula en la Ley de Brasil, debiendo ser objeto la convalidación de una decisión en la que se evidencie que no acarrea lesión al interés público ni perjudica a terceros (art. 55). La Ley de Honduras es particularmente detallada al regular la convalidación de los actos administrativos, así:

> *Artículo 126.* La Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan, salvo que se hubiere interpuesto recurso contra los mismos.
>
> Si el vicio consistiera en la incompetencia la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto.
>
> Los actos viciados por la falta de alguna autorización podrán ser convalidadas mediante el otorgamiento de la misma por el órgano competente.
>
> Lo dispuesto en el párrafo precedente no será aplicable a los casos de omisión de informes, dictámenes o propuestas obligatorias.

La Ley peruana es todavía más precisa al regular la "enmienda" de los actos administrativos como consecuencia de la "conservación" de los mismos, precisando que cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, "prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora" (art. 14.1). A los efectos de la "enmienda", dicha ley precisa con claridad cuando los actos administrativos están afectados por vicios no trascendentes, indicando los siguientes:

> *14.2.1* El acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación.
>
> *14.2.2* El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial.
>
> *14.2.3* El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado.
>
> *14.2.4* Cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio.
>
> *14.2.5* Aquellos emitidos con omisión de documentación no esencial.

En la legislación argentina, esta convalidación se denomina, en general, "saneamiento" y se desdobla en "ratificación" y "confirmación" de los actos administrativos, así:

Artículo 19. El acto administrativo anulable puede ser saneado mediante:

a) Ratificación por el órgano superior, cuando el acto hubiere sido emitido con incompetencia en razón de grado y siempre que la avocación, delegación o sustitución fueren procedentes;

b) Confirmación por el órgano que dicte el acto subsanando el vicio que lo afecte.

Conforme a esa misma norma, "los efectos del saneamiento se retrotraerán a la fecha de emisión del acto objeto de ratificación o confirmación", es decir, que los efectos del acto de saneamiento son retroactivos, por lo cual el principio es que el acto original surte sus efectos desde que se dictó, aun cuando la convalidación o el saneamiento sea posterior.

En *segundo lugar*, además de la convalidación (enmienda o saneamiento), la Ley General de Costa Rica la distingue de lo que en ella se califica como "saneamiento" y que se reduce a una convalidación de sólo defectos de forma. En efecto, el artículo 188 de la Ley General establece:

1. Cuando el vicio del acto relativamente nulo consista en la ausencia de una formalidad sustancial, como una autorización obligatoria, una propuesta o requerimiento de otro órgano, o una petición o demanda del administrado, éstos podrán darse después del acto, acompañados por una expresa manifestación de conformidad con todos sus términos.

2. Lo anterior no podrá aplicarse a la omisión de dictámenes ni a los casos en que las omisiones arriba indicas produzcan nulidad absoluta, por impedir la realización del acto final.

3. El saneamiento producirá efecto retroactivo a la fecha del acto saneado.

En *tercer lugar,* además de la convalidación y el saneamiento, también se regula formalmente la figura de la conversión del acto administrativo. Esta se produce cuando un acto tiene elementos válidos y otros viciados, pudiendo la autoridad, posteriormente, corregir estos vicios y con los elementos válidos que tenía, convertir al acto en un nuevo acto.

Así lo precisa la Ley de Honduras, en su artículo 127, al disponer que "el acto nulo que, sin embargo, contenga todos los requisitos constituidos de otro distinto, podrá ser convertido en éste y producirá sus efectos, en su caso, si así lo consistiera el interesado".

En estos supuestos, se habla de conversión, como producto del principio de la conservación, en cuyo caso, contrariamente a la convalidación y al saneamiento, no hay efecto retroactivo, sino que la conversión tiene efectos a partir del momento en que el nuevo acto queda perfeccionado. En este sentido, la Ley argentina señala que "si los elementos válidos de un acto administrativo nulo permitieren integrar otro que fuere válido, podrá efectuarse su conversión en éste consintiéndolo el administrado. La conversión tendrá efectos a partir del momento en que se perfeccione el nuevo acto" (Art. 20). Se destaca, en el régimen argentino al igual que en Honduras, la necesidad del consentimiento del administrado para la conversión.

En relación a la misma institución de la conversión, la Ley General de Costa Rica también la regula, disponiendo el artículo 189 lo siguiente:

El acto inválido, absoluta o relativamente nulo, podrá ser *convertido* en otro válido distinto por declaración expresa de la Administración a condición de que el primero presente todos los requisitos formales y materiales del último.

La conversión tiene efectos desde su fecha.

En *cuarto lugar*, en algunos casos se establece como principio que el acto convalidado debe producir efectos desde su fecha; y en otros, que los efectos, tanto de la convalidación como del saneamiento de un acto administrativo, se retrotraen a la fecha de emisión del acto objeto de ratificación o confirmación (art. 19, Ley de Argentina; art. 187.1 y 188.3, Ley General de Costa Rica).

En cuanto a la conversión esta produce efectos a partir del momento en que se perfeccione el nuevo acto (art. 20, Ley de Argentina; art. 189, Ley General de Costa Rica).

3. *El principio pro actione*

El principio *pro actione* implica la necesidad de que las solicitudes se interpreten a favor de lo que se solicita en la petición. El principio está consagrado expresamente en la legislación de Costa Rica cuando establece que las normas de procedimiento "deberán interpretarse en forma favorable a la admisión y decisión final de las peticiones" (art. 224).

En cuanto a la admisión de la solicitud o de las peticiones presentadas por los interesados, el principio tiene consecuencias concretas en el caso de la legislación de Colombia (art. 11), de Venezuela, (art. 45) de Honduras (art. 115), y del Perú (arts. 125 y 126), pues la Administración está obligada a advertir a los particulares los errores o las omisiones que puedan tener las peticiones, para que dichos errores u omisiones no conlleven su inadmisibilidad.

Como consecuencia, no se puede negar la petición que haga un administrado por causa de una omisión, sino que la Administración está obligada advertirle los errores, para que el particular los corrija.

4. *El principio de la terminación anticipada por conciliación*

En muchos casos, los procedimientos administrativos se desarrollan originándose una controversia entre interesados con intereses o derechos contrapuestos, en los cuales se plantea un conflicto entre partes, que la Administración debe resolver. Son los denominados "procedimientos trilaterales" en la Ley del Perú, que se regulan como uno de los procedimientos especiales (art. 219).

Entre las normas de esta Ley relativas a dicho procedimiento, se destaca la obligación que se impone a la Administración de "favorecer y facilitar la solución conciliada de la controversia" (art. 221.2), regulándose la figura de la siguiente manera:

> Artículo 228. Conciliación o transacción extrajudicial
>
> 228.1 En los casos en los que la Ley lo permita y antes de que se notifique la resolución final, la autoridad podrá aprobar acuerdos, pactos, convenios o contratos de los administrados que importen una transacción extrajudicial o conciliación, con el alcance, requisitos, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos poner fin al procedimiento administrativo y dejar sin efecto las resoluciones que se hubieren dictado en el procedimiento. El acuerdo podrá ser recogido en una resolución administrativa.
>
> 228.2 Los citados instrumentos deberán constar por escrito y establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes y el plazo de vigencia.
>
> 228.3 Al aprobar los acuerdos a que se refiere el numeral 228.1, la autoridad podrá continuar el procedimiento de oficio si del análisis de los hechos considera que podría estarse afectando intereses de terceros o la acción suscitada por la iniciación del procedimiento entrañase interés general.

Esta regulación es excepcional en la legislación de América Latina, pues en general, las Leyes de procedimiento no regulan la conciliación como forma de solución de controversias ante la Administración en los procedimientos administrativos.

5. *El principio de la caducidad del procedimiento*

Como se ha analizado, todo procedimiento administrativo tiene una finalidad específica que debe cumplirse conforme al principio del informalismo, a los efectos de la producción de los resultados buscados. Sin embargo, el procedimiento no puede permanecer abierto indefinidamente, por lo que en los casos en los cuales el particular interesado debe cumplir determinadas actuaciones, de manera que si no las cumple, rige el principio de la caducidad del procedimiento.

Este principio se recoge en algunas leyes de procedimiento administrativo, como la Ley de Honduras la cual prescribe, en general, que:

Transcurrido un plazo o la prórroga otorgada en tiempo, quedará caducado el derecho y perdido irrevocablemente el trámite o recurso que hubiere dejado de utilizarse, sin necesidad de apremio, haciéndose constar de oficio el transcurso del término y continuándose el procedimiento respectivo (art. 49).

En la Ley argentina, por otra parte, se establece que "transcurridos sesenta (60) días desde que un trámite se paralice por causa imputable al administrado, el órgano competente le notificará que, si transcurrieren otros treinta (30) días de inactividad, se declarará de oficio la caducidad de los procedimientos, archivándose el expediente" (art. 1,e). Se garantiza, en estas normas, la necesidad de que previo a la declaración de la caducidad, la Administración debe poner en mora al particular.

En todo caso, operada la caducidad, el interesado podría formular nuevamente sus pretensiones en un nuevo expediente, por lo que la caducidad regulada es sólo del procedimiento y no del derecho o de la acción. Por ello, la Ley General de en Costa Rica dispone que "la caducidad del procedimiento no producirá por sí sola la caducidad o prescripción de las acciones del particular" (art. 341).

La misma Ley General de Costa Rica regula la caducidad del procedimiento, cuando "se paralizare por más de seis meses en virtud de causa imputable al interesado que lo ha promovido" y siempre que la abstención de actuación por parte del interesado no tenga su causa en el hecho de haberse operado el silencio positivo o negativo o cuando el expediente se encuentre listo para la resolución final (art. 340). En cuanto a Honduras, la Ley también prescribe que se debe declarar la caducidad de la instancia cuando por causa imputable al interesado se hubiere paralizado un procedimiento promovido por éste durante treinta días, salvo que el asunto pueda afectar el interés general y así lo decida la autoridad administrativa (art. 80 y 77). Con este mismo lapso, se regula la institución en la Ley peruana, calificándosela de "abandono del procedimiento" (art. 191).

Sin embargo, se precisa en el artículo 81 de la Ley de Honduras que no procederá la declaración de la caducidad de la instancia, en los casos siguientes:

> a) Cuando no constare en el expediente que el interesado fue debidamente requerido para la aportación de documento o cumplimiento del trámite legalmente indispensable para la continuación del procedimiento, con apercibimiento de que de no cumplirlo dentro del plazo de quince días, se declarará la caducidad de la instancia.
>
> b) Cuando el interesado cumpliere el trámite o requisito o justificare las causas que se lo impidan, antes de producirse la declaración de la caducidad de la instancia aunque hubiere transcurrido el plazo legal para acordarla.

La Ley reitera el principio de que la declaración de la caducidad de la instancia no impide que el interesado pueda ejercer sus pretensiones en un nuevo procedimiento, pero la instancia caducada, no interrumpe el plazo de prescripción (art. 82).

6. ***La prescripción de las sanciones***

Otro tema en relación al desarrollo de los procedimientos que regulan las leyes de procedimiento administrativo en América Latina es el que se refiere a la prescripción de las sanciones administrativas.

En la Ley Federal mexicana, por ejemplo, se prevé que "la facultad de la autoridad para imponer sanciones administrativas prescribe en 5 años" (art. 79). En el Código colombiano también se regula la prescripción, aun cuando se la califica como "caducidad", al disponer su artículo 38 que salvo disposición especial en contrario, "la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas".

En sentido similar, el Decreto uruguayo regula la prescripción de las faltas administrativas, en un lapso de 8 años, previendo que la prescripción "se suspende por la resolución que disponga una investigación administrativa o la instrucción de un sumario por la falta administrativa en cuestión" (art. 172). En la Ley del Perú, no sólo se regula detalladamente el procedimiento sancionatorio en general, sino que también con gran precisión, el artículo 231 regula el tema de la prescripción, así:

> *233.1* La facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales, sin perjuicio de los plazos para la prescripción de las demás responsabilidades que la infracción pudiera ameritar. En caso de no estar determinado, prescribirá en cinco años computados a partir de la fecha en que se cometió la infracción o desde que cesó, si fuera una acción continuada.
>
> *233.2* El plazo de prescripción sólo se interrumpe con la iniciación del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo si el expediente se mantuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al administrado.
>
> *233.3* Los administrados plantean la prescripción por vía de defensa y la autoridad debe resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos, debiendo en caso de estimarla fundada, disponer el inicio de las acciones de responsabilidad para dilucidar las causas de la inacción administrativa.

En la Ley Orgánica venezolana no se regula con carácter general la prescripción de las sanciones administrativas, existiendo sólo normas específicas en ordenamientos especiales. Por ejemplo, la prevista en el art. 117, Parágrafo Único de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 1987, dispone que "Las acciones contra las infracciones de la presente ley prescribirán a los 5 años a contar de la fecha de la infracción, a menos que la prescripción fuese interrumpida por actuaciones de la autoridad administrativa urbanística o municipal correspondiente". En cambio, lo que sí regula la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos es la prescripción respecto de "las acciones provenientes de los actos administrativos creadores de obligaciones a cargo de los administrados," lo cual se produce "en el término de cinco años (art. 70). Agrega la Ley Orgánica que:

> *Artículo 71.* Cuando el interesado se oponga a la ejecución de un acto administrativo alegando la prescripción, la autoridad administrativa a la que corresponda el conocimiento del asunto procederá, en el término de treinta (30) días, a verificar el tiempo transcurrido y las interrupciones y suspensiones habidas, si fuere el caso, y a decidir lo pertinente.

IV. EL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD

El principio de la oficialidad puede decirse que informa todo el procedimiento administrativo desde el punto de vista de la Administración, pues el mismo, en definitiva, es un asunto de la Administración que constituye y enmarca su actuación.

Por supuesto, como se ha visto, el particular tiene derecho a participar en el procedimiento, ya que puede instar a la Administración para iniciar su actividad, pero en definitiva, su desarrollo es un problema y asunto de la propia Administración. Por ello, una vez desencadenado el procedimiento administrativo de oficio por la Administración o por iniciativa de parte interesada, el desarrollo y movilización del mismo está a cargo de la propia Administración, por lo que es a ella a quien le compete, y no a un tercero, impulsarlo de oficio, para la realización de la secuencia de actos que deben concluir con la emisión de un acto administrativo definitivo.

Pero por supuesto, hay procedimientos que sólo pueden iniciarse por exclusivo interés de los particulares, en cuyo caso, la Administración no tiene el deber de proseguirlos por sí sola, por lo que puede darlos por terminados antes del término legal previsto para su conclusión, ante la inercia del interesado, aplicándose aquí lo ya señalado sobre la caducidad de los procedimientos.

Ahora bien, este principio de la oficialidad comprende cinco aspectos fundamentales conforme a los cuales se puede sistematizar el análisis de todas las normas de las leyes latinoamericanas en la materia; y éstos son: en *primer lugar*, el principio de la iniciación de oficio (iniciativa oficial), es decir, la posibilidad de que el procedimiento se inicie, además de a instancia de parte, de oficio por la Administración; en *segundo lugar*, el principio inquisitivo, como guía de todo el procedimiento administrativo, denominado también principio de instrucción; en *tercer lugar*, el principio de objetividad, que se encuentra regulado también en todas las leyes; en *cuarto lugar*, el principio de celeridad y, en *quinto lugar*, el principio ejecutivo o ejecutorio en relación con los actos administrativos.

1. *El principio de la iniciativa oficial: la iniciación de oficio y la audiencia de los interesados*

Todas las leyes sobre procedimiento administrativo establecen el principio clásico de que el mismo puede iniciarse de oficio, es decir, por iniciativa de la propia Administración, o a petición de parte, es decir, con base en el ejercicio del derecho de petición. Esta regulación se repite en absolutamente todas las leyes de América Latina: de Argentina (art. 1), de México (art. 14), de Uruguay (art. 15), de Honduras (art. 60), de Venezuela (art. 48), de Colombia (art. 28), de Perú (art. 103), de Brasil (art. 5) y Chile (Art. 28).

Cuando se inicia el procedimiento de oficio, en todo caso, puede ser porque el funcionario actúa por disposición de un superior o por iniciativa propia, y siempre mediante un acto motivado (art. 15, Ley de Uruguay; art. 60,a, Ley de Honduras; art. 48, Ley de Venezuela). En Chile se agrega que también puede iniciarse de oficio el procedimiento a petición de otros órganos o por denuncia (Art. 29)

Ahora bien, como garantía del derecho de la defensa, las leyes disponen que aún iniciado de oficio y aún siendo el procedimiento tarea de la Administración, esta está obligada a dejar participar en el mismo a los administrados interesados. Esta disposición se encuentra en todas las leyes como elemento fundamental para garantizar el derecho a la defensa. Así lo precisa, por ejemplo, la Ley Orgánica venezolana al disponer que en los casos de iniciación de oficio, la autoridad administrativa debe notificar a los particulares cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos pudieren resultar afectados, concediéndoles un plazo de diez (10) días para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones (art. 48). Estos principios se recogen además, detalladamente en la Ley peruana, cuyo artículo 104, destinado a regular el inicio de oficio, dispone lo siguiente:

104.1 Para el inicio de oficio de un procedimiento debe existir disposición de autoridad superior que la fundamente en ese sentido, una motivación basada en el cumplimiento de un deber legal o el mérito de una denuncia.

104.2 El inicio de oficio del procedimiento es notificado a los administrados determinados cuyos intereses o derechos protegidos puedan ser afectados por los actos a ejecutar, salvo en caso de fiscalización posterior a solicitudes o a su documentación, acogidos a la presunción de veracidad. La notificación incluye la información sobre la naturaleza, alcance y de ser previsible, el plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación.

104.3 La notificación es realizada inmediatamente luego de emitida la decisión, salvo que la normativa autorice que sea diferida por su naturaleza confidencial basada en el interés público.

2. *El principio inquisitivo*

A. *Los elementos inquisitivos en el régimen en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*

Uno de los principios generales del procedimiento civil venezolano es su carácter dispositivo que deja a las partes la conducción y la fijación exclusiva de la litis, siendo el juez un mero arbitro del debate. Este carácter dispositivo del procedimiento implica cuatro elementos: en primer lugar, que no hay proceso sin demanda de parte; en segundo lugar, que las partes fijan el objeto del litigio; en tercer lugar, que el juez debe decidir exclusivamente en base a lo alegado y probado por las partes; y en cuarto lugar, que el juez no puede condenar a algo distinto a lo pedido por las partes. Estos son los cuatro elementos que caracterizan este régimen dispositivo. En materia administrativa, sin embargo, estos cuatro principios, no rigen totalmente y tienen variaciones porque se admiten ciertos elementos inquisitivos[5].

a. *Instancia de parte y actuación de oficio*

El primer aspecto es el relativo a la instancia de parte que rige en materia procesal civil, y qué varía sustancialmente en materia administrativa.

En efecto, el procedimiento administrativo se desarrolla ante la propia Administración y, por tanto, como es la propia Administración Pública la que decide, deben distinguirse dos tipos de procedimientos: el procedimiento constitutivo del acto administrativo, y el procedimiento de impugnación del mismo. El principio de la instancia de parte varía en ambos casos.

a'. *La instancia de parte en el procedimiento constitutivo*

El procedimiento constitutivo de los actos administrativos, es aquél conforme al cual la actividad procesal administrativa tiene por objeto dar origen a una decisión administrativa, es decir, busca formar la voluntad de la Administración. Este procedimiento, podríamos decir con propiedad, que es un procedimiento de la propia Administración; es, en definitiva, una actuación básicamente de la Administración Pública, por lo que no puede hablarse, en términos generales, de la necesidad de instancia de parte, pues hay muchos procedimientos administrativos gubernativos que no la requieren, sino que es la propia Administración la que inicia el procedimiento V lo lleva hasta el final.

5 Véase Luis Casado Hidalgo, "Presencia de elementos inquisitivos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos" en el libro del Instituto de Derecho Público, *El Procedimiento Administrativo*, *Tomo IV del Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración,* Caracas 1982.

Es por ello, por ejemplo, que en materia administrativa, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en su Artículo 48 señala que "el procedimiento se iniciará a instancia de parte interesada, mediante solicitud escrita, o de oficio", y que en el Artículo 53 se obliga a la Administración a cumplir todas las actuaciones necesarias para el mejor conocimiento del asunto que deba decidir, siendo de su responsabilidad impulsar el procedimiento en todos sus trámites.

Sin embargo, en el campo de los procedimientos constitutivos de los actos administrativos, en cuanto a la iniciación del procedimiento, deben distinguirse los procedimientos autorizatorios de los procedimientos sancionatorios.

Los procedimientos autorizatorios son aquellos que se producen cuando un particular solicita de la Administración un acto que le permita realizar una actividad, los cuales concluyen, en definitiva, mediante un acto autorizatorio: una autorización, un permiso o una licencia. En estos casos, por supuesto, rige el principio de la instancia de parte, no pudiendo la Administración iniciarlos de oficio.

Pero no todos los procedimientos administrativos son del tipo autorizatorio donde, sin duda, se exige siempre la instancia de parte, sino que también están los procedimientos sancionatorios, en cuya iniciación no siempre es necesaria la instancia de parte. La Administración, en general, más bien inicia de oficio los procedimientos sancionatorios; es la propia Administración, con sus funcionarios, quien tiene la iniciativa del procedimiento. En estos casos, por tanto, no puede decirse que rija el principio dispositivo, pues estos procedimientos pueden iniciarse, sea por denuncia de algún particular, sea de oficio por la propia Administración, abriéndose campo al carácter inquisitivo del procedimiento.

b'. *La instancia de parte en el procedimiento de impugnación*

El procedimiento administrativo de impugnación de los actos administrativos, como su propio nombre lo indica, tiene por objeto un reclamo jurídico contra un acto, y por ello puede decirse que para su iniciación rige el principio dispositivo. Se requiere, por tanto, instancia del particular para iniciar el procedimiento, intentando el recurso de reconsideración, jerárquico o de revisión, conforme a los artículos 85 y siguientes de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Por tanto, estos procedimientos siempre se inician a instancia de parte interesada. Sin embargo, no es ésta la única forma mediante la cual la Administración puede revisar sus actos, ya que ésta puede revocar de oficio, en cualquier momento, sus actos que no hayan creado derechos subjetivos o intereses legítimos a favor de particulares, conforme al Artículo 82 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y puede, también, en cualquier momento, de oficio, revocar los actos administrativos viciados de nulidad absoluta, conforme a los Artículos 19 y 83 de la misma Ley Orgánica. En estos casos puede haber una acción de la Administración de revisión de sus propios actos, de oficio, iniciándose un procedimiento que no tiene su origen, en una solicitud o recurso.

Pero si bien en el procedimiento de impugnación de los actos administrativos, rige el principio dispositivo en cuanto a la iniciación del procedimiento, no sucede lo mismo durante la tramitación del procedimiento. Hemos visto que conforme a lo establecido en el Artículo 53, es responsabilidad de la Administración "impulsar el procedimiento en todos sus trámites", debiendo cumplir las actuaciones necesarias para el mejor conocimiento del asunto que deba decidir; y que la Administración puede, por tanto, plantear de oficio las cuestiones que estime conveniente. Por ello, en la decisión de los recursos administrativos, conforme al Artículo 89 de la Ley Orgánica, deben resolverse no sólo todos los asuntos que las partes interesadas sometan a consideración del órgano administrativo en el ámbito de su competencia, sino los "que surjan con motivo del recurso aunque no hayan sido alegados por los interesados".

b. *El objeto del procedimiento administrativo y los elementos inquisitivos*

El segundo elemento del carácter dispositivo y que varía en materia administrativa, es el del objeto del litigio que debe ser establecido por las partes. En el procedimiento administrativo, la fijación del objeto de los mismos también depende del tipo de procedimiento: constitutivo o de impugnación.

a'. *El objeto del asunto en el procedimiento constitutivo*

En el procedimiento constitutivo, si se inicia de oficio, como por ejemplo en los. procedimientos sancionatorios, el objeto del asunto lo determina la Administración. Esta es la que, por ejemplo, realiza la inspección y levanta el acta respectiva. En cambio, si se trata de un procedimiento, por ejemplo, autorizatorio, que se inicia a instancia del interesado, el objeto del procedimiento lo determina el particular. Por eso, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece en su Artículo 62 que el acto administrativo que decida el asunto debe resolver "todas las cuestiones que hubiesen sido planteadas, tanto inicialmente como durante la tramitación".

Por otra parte, en estos procedimientos, que se inician a instancia de parte, el objeto del mismo se extingue con el desistimiento de la parte interesada, conforme a lo establecido en el Artículo 64 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Sólo si hay razones de interés público que lo justifiquen, dice el Artículo 66 de la Ley, la Administración puede continuar la tramitación del procedimiento, a pesar del desistimiento.

b'. *El objeto del recurso en los procedimientos de impugnación*

En el procedimiento de impugnación, la situación es distinta. Estos, como se dijo, sólo se inician a instancia de parte, conforme se establece en el Artículo 85 de la Ley Orgánica, pero el objeto de la impugnación puede ser variado por la Administración. La Ley, ya mencionamos, dispone en su Artículo 89 que el órgano administrativo deberá resolver todos los asuntos que se sometan a su consideración dentro del ámbito de su competencia, y asimismo, deberá resolver los asuntos "que surjan con motivo del recurso aunque no hayan sido alegados por los interesados", es decir, que sean determinados de oficio por la Administración.

c. *La decisión conforme a lo probado por las partes y los elementos inquisitorios*

El otro principio derivado del carácter dispositivo del procedimiento ordinario, es que la decisión respectiva debe dictarse conforme a lo probado por las partes. Este es, quizás, uno de los principios básicos en materia procesal civil, y que no rige en materia administrativa.

En materia de procedimiento administrativo puede decirse que la Administración tiene los más amplios poderes de prueba, aun en aquellos procedimientos constitutivos que requieren instancia de parte. En efecto, si bien el particular, cuando introduce una solicitud ante la Administración, está obligado a probar los hechos que dan origen a su solicitud, esto no excluye, en absoluto, que la Administración no pueda aportar todos los elementos de prueba y de conocimiento que juzgue convenientes para tomar la decisión administrativa. Esto, inclusive, ha sido consagrado en forma expresa en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en cuyo Artículo 53 se señala que la Administración, de oficio o a instancia del interesado, llevará a cabo todos los actos necesarios para lograr la determinación precisa de las circunstancias en atención a las cuales deberá decidir o en las palabras de la Ley "cumplirá todas las actuaciones necesarias para el mejor conocimiento del asunto que deba decidir". Más aun, en los procedimientos sumarios, que se inician de oficio, el Artículo 69 de la misma Ley Orgánica establece que "la Administración deberá comprobar de oficio la verdad de los hechos y demás elementos de juicio necesarios para el esclarecimiento del asunto".

El procedimiento administrativo, sobre todo el constitutivo, hemos dicho, es una actuación de la Administración, y como tal, en él la Administración tiene todas las posibilidades de probar lo que estime conveniente para tomar su decisión.

En los procedimientos administrativos de impugnación, la Administración también tiene la misma obligación de cumplir todas las actuaciones necesarias para el mejor conocimiento del asunto, y tiene, por tanto, los más \ amplios poderes en materia de pruebas.

d. *La decisión ajustada a lo pedido y los elementos inquisitivos*

El último elemento de confrontación entre el principio dispositivo del procedimiento civil y los elementos inquisitivos en el campo del Derecho Administrativo, está en que la decisión, de acuerdo al régimen dispositivo, debe ajustarse a lo pedido por las partes.

En materia administrativa y particularmente, en el campo de los procedimientos administrativos, el principio no rige en términos absolutos. También aquí debemos distinguir según se trate de procedimientos constitutivos o de impugnación.

a'. *La decisión en los procedimientos constitutivos*

Los procedimientos constitutivos, como hemos dicho, unos se inician a instancia de parte y otros de oficio. En los primeros, la decisión administrativa debe resolver, conforme a lo establecido en el Artículo 62, todas las cuestiones alegadas o pedidas por el particular, y en principio, salvo que lo haga en un procedimiento distinto, no puede la Administración resolver cuestiones distintas a la pedida, sino sólo las que hubieren sido planteadas por los particulares. En los procedimientos sancionatorios que se inician por denuncia o a instancia de parte, la Administración no está obligada a sujetarse a lo alegado o pedido por el interesado, pues inclusive puede que esto nunca haya sucedido.

b'. *La decisión en los procedimientos de impugnación*

En los procedimientos de impugnación de los actos administrativos iniciados mediante el ejercicio de un recurso, puede decirse que se amplía el objeto de la decisión y el carácter inquisitorio del proceso, pues la Administración no tiene que decidir ajustada a lo pedido por los recurrentes o las partes. Por ejemplo, hemos dicho, el funcionario decisor del recurso puede decidir cuestiones no alegadas por los interesados conforme a lo establecido en el Artículo 89 de la Ley, y es más, puede tomar una decisión que empeore la situación del recurrente. En materia administrativa, se admite, así, la *reformatio in pejus* que permite al superior jerárquico, cuando conoce de un recurso administrativo, decidir en perjuicio del recurrente. Si se trata de una multa, por ejemplo, que es recurrida en vía administrativa, el superior jerárquico puede decidir el recurso, aumentando la multa de la cual se apela. En esos casos, la Administración ni siquiera declara sin lugar el recurso intentado por el particular, sino que le agrava la situación al recurrente aumentándole la multa. Esto nos comprueba, una vez más, que en materia administrativa no rige el principio dispositivo en términos absolutos.

B. *El régimen general en las leyes latinoamericanas*

Como se ha dicho, en virtud de que el procedimiento administrativo, ante todo, es un asunto de la Administración, el principio fundamental que lo rige es el principio inquisitivo, el cual, de acuerdo como lo establece en la Ley argentina implica la "impulsión e instrucción de oficio", sin perjuicio de la participación de los interesados en las actuaciones (art. 1.a).

Esto está establecido como principio del procedimiento administrativo en la Ley del Perú (artículo IV, Título Preliminar), así:

1.3 Principio de impulso de oficio. Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.

Esta misma expresión se encuentra en las leyes de Brasil (art. 29) y de Costa Rica (art. 222) y, en sentido similar, se desarrolla en la Ley del Perú (art. 159). De ello deriva el principio de que la Administración debe "impulsar de oficio en todos sus trámites" (art. 64, Ley de Honduras) el procedimiento administrativo, con lo cual la conducción del procedimiento, la prueba y las medidas que puedan adoptarse a lo largo del mismo deben ser iniciativa de la Administración y no requieren el impulso procesal de los interesados, sin perjuicio de que éstos puedan participar en el procedimiento. En consecuencia, la Administración es la responsable de al menos esos tres elementos en el procedimiento: la conducción del procedimiento; la sustanciación del mismo; las pruebas y las medidas preventivas, sin perjuicio de que en cada una de esas fases puedan actuar los particulares.

Por ello, la Ley de Venezuela establece que:

Artículo 53. La Administración, de oficio o a instancia del interesado, cumplirá todas las actuaciones necesarias para el mejor conocimiento del asunto que deba decidir, siendo de su responsabilidad impulsar el procedimiento en todos sus trámites.

a. *La conducción del procedimiento por la Administración*

a'. *La sustanciación*

En cuanto a la conducción del procedimiento, lo primero que corresponde a la Administración, por tanto, es la sustanciación del mismo tal como se establece en todas las leyes de procedimiento administrativo, y como resulta del mencionado artículo 53 de la Ley venezolana. En particular, además, la Ley mexicana indica que "Los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse resolución, se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento" (Art. 49).

En sentido similar se establece en la Ley del Perú, al regular el "impulso del procedimiento" en el artículo 145, estableciendo que la autoridad competente, aun sin pedido de parte, debe promover toda actuación que fuese necesaria para su tramitación, superar cualquier obstáculo que se oponga a regular tramitación del procedimiento; determinar la norma aplicable al caso aun cuando no haya sido invocada o fuere errónea la cita legal; así como evitar el entorpecimiento o demora a causa de diligencias innecesarias o meramente formales, adoptando las medidas oportunas para eliminar cualquier irregularidad producida.

Además, en cuanto a los actos de instrucción, el artículo 159,1 de la misma Ley peruana dispone que:

Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución, serán realizados de oficio por la autoridad a cuyo cargo se tramita el procedimiento de evaluación previa, sin perjuicio del derecho de los administrados a proponer actuaciones probatorias.

Sin embargo, el hecho de que corresponda a la Administración realizar las acciones de conducción del procedimiento, no exime al interesado de los deberes de impulso que le corresponden. Por tanto, como dice la Ley General de Costa Rica, la inercia de la Administración no debe excusar la del administrado para efectos de caducidad del procedimiento (art. 222). En la Ley de Uruguay el principio, sin embargo, se formula así:

Artículo 56. La impulsión del procedimiento se realizará de oficio por los órganos intervinientes en su tramitación, a cuyos efectos la autoridad correspondiente practicará las diligencias y requerirá los informes y asesoramientos que correspondan, sin perjuicio de la impulsión que puedan darle los interesados.

La falta de impulsión del procedimiento por los interesados no produce la perención de las actuaciones, debiendo la Administración continuar con su tramitación hasta la decisión final.

La Administración, además, en la sustanciación del procedimiento, puede solicitar a los particulares, informes y otros datos de investigación y estos deben facilitarlos conforme a lo que se determine en la Ley (art. 58, Ley de Honduras). Este deber es consecuencia del deber de colaboración de los interesados con la Administración, que en la Ley de Brasil implica el de "presentar las informaciones que le fueren solicitadas y colaborar en el esclarecimiento de los hechos" (art. 4, IV). En sentido similar se regula en la Ley del Perú (art. 169).

b'. *Las verificaciones, las inspecciones y las actas*

La Administración, en el curso de los procedimientos administrativos, conforme a las leyes especiales, puede realizar las verificaciones o las inspecciones que sean necesarias en el sitio requerido, lo cual es frecuente en procedimientos en materia fiscal o sanitaria. En estos casos, la Administración realiza normalmente inspecciones o verificaciones y levanta actas para dejar constancia de estas visitas. Dichas figuras, por lo general, están reguladas en leyes especiales.

Una excepción la encontramos en la Ley mexicana, que tiene una regulación extensa, con carácter general, que detalla el procedimiento administrativo sobre estas inspecciones y verificaciones y consagra la posibilidad general de realizar verificaciones en los establecimientos del administrado, con la exigencia formal de que tiene que haber orden escrita. El artículo 62 de la Ley Federal de México, en efecto, dispone lo siguiente:

> *Artículo 62*. Las autoridades administrativas, para comprobar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, podrán llevar a cabo visitas de verificación, mismas que podrán ser ordinarias y extraordinarias; las primeras se efectuarán en días y horas hábiles, y las segundas en cualquier tiempo.

Los requisitos para la realización de la verificación los detalla el artículo 63, al exigir que los verificadores, para practicar visitas, deben estar provistos de orden escrita con firma autógrafa expedida por la autoridad competente, en la que debe precisarse el lugar o zona que ha de verificarse, el objeto de la visita, el alcance que deba tener y las disposiciones legales que lo fundamenten.

Esta posibilidad de visitas y verificaciones, sin embargo, tiene como límite el derecho constitucional a la inviolabilidad del hogar doméstico. Por ello, en Venezuela, por ejemplo, el artículo 47 de la Constitución de 1999, dispone:

> *Artículo 47.* El hogar doméstico y todo recinto privado de las personas son inviolables. No podrán ser allanados sino mediante orden judicial, para impedir la perpetración de un delito o para cumplir, de acuerdo con la ley, las decisiones que dicten los tribunales, respetando siempre la dignidad del ser humano.

Las visitas sanitarias que se practiquen, de conformidad con la ley, sólo podrán hacerse previo aviso de los funcionarios o funcionarias que las ordenen o hayan de practicarlas.

Es de destacar que la garantía de la inviolabilidad se extiende a los "recintos privados" de las personas, por lo que ni en el domicilio ni en dichos recintos privados (oficina, otra residencia) podrían realizarse visitas e inspecciones administrativas, salvo con orden judicial. Se exceptúa, sólo, el caso de las visitas sanitarias.

Una regulación tan general como la que está en la Ley mexicana, antes indicada, aparentemente permitiría el acceso y además obligaría a los particulares a permitir el acceso y

dar facilidades e informes a los verificadores; ello en contraste con la regulación constitucional en Venezuela, donde sólo por vía judicial se puede realizar este tipo de visitas y por vía administrativa sólo en materia sanitaria y previa notificación al particular.

En todo caso, cuando se realicen visitas o inspecciones debe levantarse un acta circunstanciada, como lo establece la Ley mexicana, en presencia de testigos, debiéndose dejar copia a la persona con quien se entendió la diligencia, aún cuando se haya negado a firmarla (art. 66). En el acta, conforme a la Ley mexicana, se debe hacer constar lo siguiente:

I. Nombre, denominación o razón social del visitado;

II. Hora, día, mes y año en que se inicie y concluya la diligencia;

III. Calle, número, población o colonia, teléfono u otra forma de comunicación disponible, municipio o delegación, código postal y entidad federativa en que se encuentre ubicado el lugar en que se practique la visita;

IV. Número y fecha del oficio de comisión que la motivó;

V. Nombre y cargo de la persona con quien se entendió la diligencia;

VI. Nombre y domicilio de las personas que fungieron como testigos;

VII. Datos relativos a la actuación;

VIII. Declaración del visitado, si quisiera hacerla; y

IX. Nombre y firma de quienes intervinieron en la diligencia incluyendo los de quien la hubiere llevado a cabo. Si se negaren a firmar el visitado o su representante legal, ello no afectará la validez del acta, debiendo el verificador asentar la razón relativa.

c'. *Los informes administrativos*

Otro aspecto relativo a la conducción del procedimiento, también regulado en las leyes latinoamericanas, es el que se refiere a los informes u opiniones que puede solicitar la Administración y a la formación de expedientes con documentos interadministrativos.

En efecto, normalmente, en la sustanciación de un expediente se requieren de informes de otras oficinas públicas distintas a la que conduce el procedimiento o de otras unidades administrativas. Las leyes, en general, le asignan a la Administración que está a cargo del procedimiento, la responsabilidad de la tramitación de la solicitud de esos informes o antecedentes, necesarios para la mejor resolución del asunto. Ello, por tanto, no es responsabilidad del particular, el cual, sin embargo, cuando sea quien formule la solicitud, debe indicar la oficina donde cursa la documentación (art. 54 de la Ley venezolana).

Esto lo resume la Ley peruana, en su artículo 167, al regular la solicitud de documentos a otras autoridades, así:

167.1 La autoridad administrativa a la que corresponde la tramitación del asunto recabará de las autoridades directamente competentes los documentos preexistentes o antecedentes que estime conveniente para la resolución del asunto, sin suspender la tramitación del expediente.

167.2 Cuando la solicitud sea formulada por el administrado al instructor, deberá indicar la entidad donde obre la documentación y, si fuera de un expediente administrativo obrante en otra entidad, deberá acreditar indubitablemente su existencia.

Inclusive, se establece que cuando estos informes no pueden ser evacuados o entregados, ello no puede ni debe implicar la paralización del procedimiento. En consecuencia, no puede haber excusa interadministrativa para que el procedimiento se paralice por falta de entrega de un informe entre autoridades administrativas.

Lo que resulta de lo anterior es que la carga por la procura de los informes de otros órganos públicos no se puede trasladar a los interesados. Esto lo regula expresamente la Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos de Venezuela de 1999, al disponer su artículo 46, que cuando los órganos y entes de la Administración Pública requieran comprobar la existencia de alguna circunstancia o requisito necesario para la culminación de una determinada tramitación y el mismo repose en los archivos de otro organismo público, se debe proceder a solicitar la información por cualquier medio, "sin que en ningún caso se transfiera dicha carga al particular". Los organismos a quienes se solicite la información deben dar prioridad a la atención de dichas peticiones y las deben remitir haciendo uso en lo posible de los medios automatizados disponibles al efecto.

En todo caso, estos informes u opiniones pueden ser obligatorios o facultativos, vinculantes o no, según lo que se regule en cada Ley especial o en cada norma que los exija aún cuando, salvo disposición en contrario, se considera, como principio, que no son vinculantes (art. 57 de la Ley venezolana). Como lo indica expresamente la Ley Federal mexicana:

> *Artículo 54*. Los informes u opiniones solicitados a otros órganos administrativos podrán ser obligatorios o facultativos, vinculantes o no. Salvo disposición legal en contrario, los informes y opiniones serán facultativos y no vinculantes al órgano que los solicitó y deberán incorporarse al expediente.

d'. *Las obligaciones de la Administración*

En relación con la conducción del procedimiento administrativo, en la Ley mexicana se encuentra una norma que establece un largo elenco de diez obligaciones de la Administración, que no están dispersas en el texto legal, y que es de interés destacar, pues resume la situación general en la materia. Se trata del artículo 16 de la Ley Federal, que establece:

> *Artículo 16*. La Administración Pública Federal, en sus relaciones con los particulares, tendrá las siguientes obligaciones:
>
> I. Solicitar la comparecencia de éstos, sólo cuando así esté previsto en la ley, previa citación en la que se hará constar expresamente el lugar, fecha, hora y objeto de la comparecencia, así como los efectos de no atenderla;
>
> II. Requerir informes, documentos y otros datos durante la realización de visitas de verificación, sólo en aquellos casos previstos en ésta u otras leyes;
>
> III. Hacer del conocimiento de éstos, en cualquier momento, del estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan interés jurídico, y a proporcionar copia de los documentos contenidos en ellos;
>
> IV. Hacer constar en las copias de los documentos que se presenten junto con los originales, la presentación de los mismos;
>
> V. Admitir las pruebas permitidas por la ley y recibir alegatos, los que deberán ser tomados en cuenta por el órgano competente al dictar resolución;
>
> VI. Abstenerse de requerir documentos o solicitar información que no sean exigidos por las normas aplicables al procedimiento, o que ya se encuentren en el expediente que se está tramitando;
>
> VII. Proporcionar información y orientar acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones legales vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar;
>
> VIII. Permitir el acceso a sus registros y archivos en los términos previstos en esta u otras leyes;

IX. Tratar con respeto a los particulares y a facilitar el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones; y

X. Dictar resolución expresa sobre cuantas peticiones le formulen; así como en los procedimientos iniciados de oficio, cuya instrucción y resolución afecte a terceros, debiendo dictarla dentro del plazo fijado por la ley."

En la Ley de procedimientos administrativos de Brasil también se encuentra una enumeración de los derechos que corresponden a los administrados frente a la Administración, lo cual implica el correlativo deber de la Administración de garantizar estos derechos al administrado en el curso del procedimiento administrativo (Art. 3).

En la misma orientación de las leyes mexicana y de Brasil, la Ley peruana también enumera, en un sólo artículo (art. 75), el siguiente conjunto de deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes.

1. Actuar dentro del ámbito de su competencia y conforme a los fines para los que les fueron conferidas sus atribuciones.

2. Desempeñar sus funciones siguiendo los principios del procedimiento administrativo previstos en el Título Preliminar de esta Ley.

3. Encausar de oficio el procedimiento, cuando advierta cualquier error u omisión de los administrados, sin perjuicio de la actuación que les corresponda a ellos.

4. Abstenerse de exigir a los administrados el cumplimiento de requisitos, la realización de trámites, el suministro de información o la realización de pagos, no previstos legalmente.

5. Realizar las actuaciones a su cargo en tiempo hábil, para facilitar a los administrados el ejercicio oportuno de los actos procedimentales de su cargo.

6. Resolver explícitamente todas las solicitudes presentadas, salvo en aquellos procedimientos de aprobación automática.

7. Velar por la eficacia de las actuaciones procedimentales, procurando la simplificación en sus trámites, sin más formalidades que las esenciales para garantizar el respeto a los derechos de los administrados o para propiciar certeza en las actuaciones.

8. Interpretar las normas administrativas de forma que mejor atienda el fin público al cual se dirigen, preservando razonablemente los derechos de los administrados.

9. Los demás previstos en la presente Ley o derivados del deber de proteger, conservar y brindar asistencia a los derechos de los administrados, con la finalidad de preservar su eficacia.

e'. *El principio de la economía*

La Administración, en la conducción del procedimiento administrativo, como lo indica la Ley de Brasil, cuando se trata de actos de instrucción que exija la actuación de los interesados, deben realizarse de la manera que sea menos onerosa para estos (art. 29,2).

b. *Las medidas preventivas o cautelares*

Algunas leyes de procedimiento administrativo regulan las medidas preventivas o cautelares provisionales o de seguridad que pueden dictarse en el curso del procedimiento. Es el caso de la Ley de Uruguay, que establece:

> *Artículo 16*. Iniciado el procedimiento, la autoridad competente para resolverlo podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existieren elementos de juicio suficientes para ello.

No se podrán dictar medidas provisionales que puedan causar perjuicios graves o irreparables.

En la Ley de Brasil, de igual manera, se establece la posibilidad de que en casos de riesgo inminente, la Administración Pública puede, motivadamente, adoptar providencias cautelares aún sin la previa manifestación de los interesados al respecto (art. 45). Es decir, que esta potestad cautelar que se le otorga a la Administración es de carácter discrecional, porque no se exige que el interesado se manifieste previamente sobre la necesidad de esta cautela, y quizás el único control que se puede ejercer sobre esta potestad discrecional es que los motivos por los cuales la Administración fundamente esta medida estén conformes a derecho.

En el caso de la Ley de Honduras, también se prevé la posibilidad del órgano administrativo de adoptar las medidas provisionales que estime pertinentes, siempre que hubieren razones suficientes para ello, evitando con ello causar perjuicios irreparables a la parte interesada (art. 65). En otras leyes, como la de México, estas medidas preventivas se denominan medidas de seguridad (arts. 81 y 82), pero están destinadas sólo a proteger la salud y la seguridad pública.

La regulación más detallada en la materia es quizás, la que establece la Ley peruana, en cuyo artículo 146 se indica que iniciado el procedimiento, la autoridad competente mediante decisión motivada y con elementos de juicio suficientes puede adoptar, provisoriamente bajo su responsabilidad, las medidas cautelares establecidas en esta Ley u otras disposiciones jurídicas aplicables, mediante decisión fundamentada, si hubiera posibilidad de que sin su adopción se arriesga la eficacia de la resolución a emitir (art. 146.1). Sin embargo, no se pueden dictar medidas que puedan causar perjuicio de imposible reparación a los administrados (art. 146.4).

Las medidas cautelares pueden ser modificadas o levantadas durante el curso del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser consideradas en el momento de su adopción (art. 146,2).

En todo caso, las medidas caducan de pleno derecho cuando se emite la resolución que pone fin al procedimiento, cuando haya transcurrido el plazo fijado para su ejecución, o para la emisión de la resolución que pone fin al procedimiento (art. 146.3). Una regulación también amplia sobre las medidas provisionales esta en la Ley 1980 de Chile, en cuyo artículo 32 se establece lo siguiente:

> *Artículo* 32. Medidas provisionales. Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo podrá adoptar, de oficio o a petición de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la decisión que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello.

Sin embargo, antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente, de oficio o a petición de parte, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas correspondientes. Estas medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en la iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda.

En todo caso, las medidas a que se refiere el inciso anterior, quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo, o cuando la decisión de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas.

No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados, o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

Las medidas provisionales podrán ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a petición de parte, en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción.

En todo caso, las medidas de que trata este artículo, se extinguirán con la eficacia de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente.

c. *La oposición a los actos de trámite*

Conforme al principio inquisitivo, la Administración como conductora del procedimiento, está en la obligación de realizar todos los trámites necesarios para su conclusión. Sin embargo, para resguardar los derechos de los interesados, éstos pueden oponerse a los actos de trámite, tanto los relativos a medidas cautelares como los de cualquier otra naturaleza. Esta posibilidad está prevista expresamente en la Ley Federal mexicana, que establece:

> *Artículo 84*. La oposición a los actos de trámite en un procedimiento administrativo deberá alegarse por los interesados durante dicho procedimiento, para su consideración, en la resolución que ponga fin al mismo. La oposición a tales actos de trámite se hará valer en todo caso al impugnar la resolución definitiva.

3. ***Los principios sobre la prueba***

El segundo aspecto del principio inquisitivo que regulan las leyes de procedimiento administrativo, aparte de la responsabilidad de la Administración de conducirlo, se refiere a los principios sobre la prueba en materia administrativa.

La prueba, tal como se entiende en el proceso civil, es una actividad procesal encaminada a demostrar la exactitud o la inexactitud de determinados hechos o actos, de manera que esta demostración pueda servir de fundamento para una decisión de la autoridad judicial. Por eso, la noción de prueba y toda la problemática de las pruebas, se ha estudiado y se sigue analizando, básicamente, bajo el ángulo del derecho procesal civil.

Sin embargo, por supuesto, también esta materia tiene interés en el campo del Derecho Administrativo, y ello porque también nuestra disciplina estudia una actividad procesal de dos órdenes: la actividad procedimental que se lleva a cabo ante la Administración Pública en el procedimiento administrativo o gubernativo, y la actividad procedimental que se desarrolla ante la jurisdicción contencioso-administrativa, es decir, los procedimientos que surgen con motivo de impugnaciones de actos administrativos ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa o con motivo de demandas que se puedan intentar contra los entes públicos.

El problema de la prueba en el derecho administrativo, aun cuando se nutre, para la resolución de los conflictos que se plantean, de todos los principios que provienen de derecho procesal civil, sin embargo, tiene peculiaridades. No hay que olvidar que en el ámbito del proceso civil rige en general, el principio dispositivo del proceso, según el cual todas las actividades tendientes a acopiar el material de conocimiento que va a necesitar el juez para decidir constituyen una carga para las partes, y el juez no puede referirse en su decisión, a otros hechos distintos que los acumulados, alegados y probados por las partes. Este es el mandato que está en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil. Por otra parte, en esta materia procesal civil, los medios de prueba son aquellos previstos tanto en el Código Civil como en el propio Código de Procedimiento Civil.

Estos principios, el de carácter dispositivo del procedimiento, el de la carga de la prueba y el de los medios de prueba que son tan claros en materia procesal civil, sin embargo, varían en materia administrativa, al menos en tres aspectos. En primer lugar, por el ya mencionado carácter inquisitivo del procedimiento administrativo o si se quiere, de los elementos inquisitivos de ese procedimiento, en contraposición á lo que es el principio básico en materia procesal civil, su carácter dispositivo. En segundo lugar, por el problema de la carga de la prueba, que tiene también sus peculiaridades específicas en el campo administrativo, pues aun en aquellos procedimientos que se originan con motivo de impugnaciones por parte de particulares, ello no exime a la Administración de la obligación de probar los hechos que han dado, origen a la adopción de ciertos actos; y en tercer lugar, por el problema de los medios de prueba, que si bien en materia administrativa se admiten todos los previstos en el Código de Procedimiento Civil, tienen algunas peculiaridades o matices propios.

Como ya nos hemos referido al carácter inquisitivo del procedimiento administrativo, haremos referencia de seguidas a los otros dos aspectos: la carga de la prueba y los medios de prueba.

A. *La carga de la prueba: la Administración y los interesados*

El problema de la carga de la prueba en materia administrativa[6], es el de saber a quién corresponde la conducta y la carga de acreditar y probar los hechos. En materia civil el problema se plantea en forma diferente según que se trate de la prueba de obligaciones, o de probar hechos o actos jurídicos: en materia de obligaciones, el actor debe probar los hechos que acrediten la existencia de la obligación, y el demandado debe probar los hechos que acrediten la extinción de la obligación; pero en materia de actos y hechos jurídicos, se admite que las dos partes deben probar sus respectivas posiciones, o sea, que no existe una carga específica en alguna de ellas, sino que corresponde a ambas partes. Pues bien, puede decirse que éste es el principio que en términos generales rige en materia administrativa: tanto el particular como la Administración deben probar y tienen la carga de la prueba de los hechos o de los actos en los procedimientos administrativos y contenciosos administrativos.

Sin embargo, en la aplicación de este principio influyen varios elementos. En primer lugar, la propia intervención de la Administración en los procedimientos administrativos. En ellos, la Administración no sólo es quien decide, sino que a la vez, es parte y actora porque tiene a su cargo la conducción del procedimiento. La Administración es, generalmente, la que lo inicia, conoce los requerimientos del particular y luego decide el asunto en perjuicio o a favor del interesado. Por tanto, este elemento de la intervención de la Administración provoca que la carga de la prueba tenga matices propios.

Otro elemento que incide en el problema de determinar la carga de la prueba es el de la existencia de una presunción de legalidad, legitimidad y veracidad de los actos administrativos. En efecto, los actos administrativos, una vez dictados, gozan de esta presunción de legalidad, legitimidad y veracidad lo que provoca que toda impugnación de los mismos revierta la carga de la prueba al particular impugnante.

En tercer lugar, otro elemento que influye en la determinación de la carga de la prueba es el de los elementos inquisitivos del procedimiento administrativo a los cuales nos referimos anteriormente.

---

[6] Véase, en general, Allan R. Brewer-Carías, "La carga de la prueba en el Derecho Administrativo" en *Revista de Control Fiscal,* Nº 8, Caracas 1976, pp. 23-52; publicado también en los *Cuadernos de Trabajo,* Nº 23, Instituto de Filosofía del Derecho, LUZ, Maracaibo, 1978.

Ahora bien, al referirnos al problema de la carga de la prueba en el procedimiento administrativo debe advertirse que, en estos casos, el comportamiento de la Administración no es uniforme. En efecto, no hay que olvidar que en algunos supuestos la Administración es parte de la relación jurídica que se establece con el particular, y además de ser parte de dicha relación, es quien decide. La Administración, por tanto, en estos casos es juez y parte. En el caso de multas, por ejemplo, la Administración es quien inicia el procedimiento, quien se enfrenta al particular y, en definitiva, quien decide dictando un acto que lo perjudica.

En otros casos, la Administración no es parte directa en el procedimiento, y a veces ni en la relación jurídica que en él se ventila, sino que limita su acción, realmente a decidir una controversia. Por ejemplo, en el supuesto de las decisiones en los procedimientos autorizatorios como podría ser el tendiente a obtener un registro de una marca de fábrica. En estos casos, el particular solicita el registro de una marca y en el procedimiento puede haber un oponente que comparezca en virtud de las publicaciones de avisos que deben hacerse. En ese caso, en realidad, se establece un conflicto entre particulares, que la Administración va a resolver como un árbitro, en relación a una relación jurídica en la cual no es parte. Piénsese, por ejemplo, en los procedimientos en materia de. regulación de alquileres. En estos casos, por ejemplo, el propietario que solicita una regulación del alquiler de un inmueble, puede encontrar la oposición de un inquilino, surgiendo así un conflicto de intereses entre partes que debe ser decidido por la Administración. Este diferente comportamiento de la Administración en los procedimientos administrativos, debe tenerse en cuenta al estudiar el problema de la carga de la prueba. Sin embargo, no es éste el único aspecto que hay que tomar en cuenta, pues también en esta materia deben distinguirse los aspectos peculiares tanto del procedimiento constitutivo de los actos administrativos como de los procedimientos de impugnación de los mismos.

a. *La carga de la prueba en el procedimiento constitutivo*

Tal como hemos señalado, los procedimientos constitutivos de los actos administrativos constituyen una actuación de la Administración. Por tanto, la carga fundamental de la prueba en ellos corresponde a la propia Administración. Es decir, siendo el procedimiento administrativo asunto de la Administración, la carga de la prueba, ante todo, es también responsabilidad de aquélla (art. 162, Ley del Perú), como principio general, sin perjuicio de las pruebas que puedan aportar los interesados.

La Ley de Honduras, en este sentido, por ejemplo, establece:

> *Artículo 69*. Cuando el órgano competente para resolver no tenga por ciertos los hechos alegados por la parte interesada o ésta lo solicitare, podrá acordar la apertura a prueba por un término no inferior a diez días ni superior a veinte, e incumbirá al interesado la de los hechos de que derive su derecho y no resulten del expediente.
>
> En todo caso, la Administración podrá disponer de oficio y en cualquier momento, la práctica de cuantas pruebas se estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto.

Una regulación similar se establece en la Ley del Perú (art. 163) y en la Ley 19880 de Chile, Art. 35). Además, la Ley General de Costa Rica prescribe expresamente que:

> *Artículo 221*. En el procedimiento administrativo se deberán verificar los hechos que sirven de motivo al acto final en la forma más fiel y completa posible, para lo cual el órgano que lo dirige deberá adoptar todas las medidas probatorias pertinentes o necesarias, aún si no han sido propuestas por las partes y aún en contra de la voluntad de éstas últimas.

Una norma similar se consagra en el artículo 27 del Reglamento de la Secretaría de la Comunidad Andina y, en el artículo 34 del Código Colombiano.

No se olvide, como se ha señalado, que de acuerdo a lo establecido en el Articulo 53 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la Administración, de oficio, debe cumplir todas las actuaciones necesarias para el mejor conocimiento del asunto que debe decidir. Para ello, debe promover las pruebas que estime convenientes. Así, de acuerdo al Artículo 54, la autoridad administrativa es quien debe solicitar de las otras autoridades u organismos los documentos, informes o antecedentes que estime convenientes para la mejor resolución del asunto. Por otra parte, de acuerdo a lo previsto en el Artículo 58, los hechos que la Administración considere relevantes para la decisión de un procedimiento pueden ser objeto de todos los medios de prueba establecidos en los Códigos procesales nacionales.

En todo caso, aun cuando en principio, en los procedimientos administrativos, la Administración tiene la carga de la prueba, el problema de su determinación concreta varía según se trate de un procedimiento autorizatorio o sancionatorio. Es decir, en principio, la Administración es la que tiene que probar, pero por supuesto, ello varía según el tipo de procedimiento de que se trate.

Por ejemplo, en el procedimiento ablatorio es la Administración la que tiene la carga fundamental de la prueba, porque normalmente se inicia de oficio. Así lo ha destacado la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de Venezuela, en sentencia de 1° de junio de 2000, señalando:

Dentro de los procedimientos administrativos iniciados de oficio, y más aun en aquellos de naturaleza sancionatoria, corresponde a la Administración demostrar los hechos que dieron lugar a la iniciación de dichos procedimientos. Esto es así, ya que para poder proceder a la aplicación de la sanción al particular encausado, deben existir en el expediente Administrativo suficientes hechos comprobados que verifiquen la ocurrencia del ilícito administrativo y, en consecuencia, la procedencia de la sanción correspondiente...

Y lo anterior no significa que el particular interesado en el procedimiento administrativo este exento de probar y evacuar pruebas, ya que la carga probatoria esencial de la Administración se refiere al establecimiento del ilícito administrativo, por lo que el encausado deberá traer al proceso los hechos y alegaciones que obren a su favor y que consideren necesario para el efectivo ejercicio de su derecho a la defensa y al debido proceso; siendo esta actividad probatoria del interesado no solo una manifestación del ejercicio de su derecho a la defensa, sino coadyuvante y complementaria de la actividad probatoria de la Administración, todo con la finalidad de esclarecer los hechos y precisar con exactitud las consecuencias jurídicas de los mismos.

En cambio, en el procedimiento autorizatorio no sucede lo mismo, pues la carga de la prueba básicamente esta a cargo del solicitante, cuando, por ejemplo, en leyes especiales, para obtener una autorización o un permiso, se requieran determinadas condiciones que el particular tiene que probar o documentos que tiene que aportar. Por ejemplo, un interesado, para desarrollar urbanísticamente un inmueble, lo menos que debe hacer es probar su carácter de propietario del inmueble; por ello, de acuerdo al tipo de procedimiento, hay pruebas que tiene que aportar el administrado.

Por tanto, en un procedimiento autorizatorio, que se inicia a solicitud de parte interesada, por supuesto, quien solicita e inicia el procedimiento tiene la carga de la prueba. Así lo establecen, por ejemplo, algunas leyes especiales, como la Ley Forestal de Suelos y Aguas cuando prescribe, dentro de los requisitos para la obtención de concesiones o permisos para realizar deforestaciones, que el interesado acredite su carácter de propietario. En estos casos, sin duda, legalmente se le está imponiendo al particular, la carga de la prueba de su titularidad para poder obtener el permiso.

Sin embargo, en materia de procedimientos sancionatorios, la carga de la prueba íntegramente corre a cargo de la Administración Pública. Sea que se inicien de oficio o por denuncia de parte, la Administración está obligada a probar los hechos que van a dar origen al acto que se va a dictar, es decir, a la imposición de la sanción. En estos procedimientos, que se inician normalmente de oficio, para el caso de que sean sumarios, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos es aun más precisa en imponerle la carga de la prueba a la Administración, en su Artículo 69, al prescribir que "deberá comprobar de oficio la verdad de los hechos y demás elementos de juicio necesarios para el esclarecimiento del asunto".

Estos procedimientos sancionatorios, por otra parte, normalmente se inician con un acto que realiza la Administración, mediante el levantamiento, por el funcionario competente, de un Acta en la cual se deja constancia de determinados hechos, normalmente en presencia de los interesados. En estos casos, sin duda, es obligación de la Administración probar los hechos que van a fundamentar su decisión.

Por supuesto, este poder y obligación de la Administración de probar los hechos que fundamenten su decisión no puede conducir a la arbitrariedad y debe siempre respetar los derechos del particular interesado, en especial, el derecho a la defensa. Esto implica que frente a este poder de la Administración de probar los hechos, ello no debe hacerse a espaldas del interesado. La Administración debe oír al interesado y éste tiene derecho a que se le notifique de todo procedimiento que se inicie de oficio, conforme se prevé en el Artículo 48 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y a presentar en el procedimiento, por su parte, las pruebas que estime convenientes, asegurándose para ello, el debido acceso al expediente administrativo previsto en el Artículo 59 de la mencionada Ley. Normalmente, este derecho a ser oído se garantiza al inicio mismo de los procedimientos sancionatorios, cuando se levanta el Acta respectiva en presencia del interesado, teniendo éste, derecho a dejar constancia en el Acta, de los elementos que crea convenientes para la defensa de sus intereses.

Pero como señalamos, no se garantiza el derecho a la defensa con el solo derecho a ser oído, sino que debe también garantizarse el derecho a ser notificado, y a aportar pruebas de manera que puedan desvirtuarse las afirmaciones que pueda hacer un funcionario público en el Acta respectiva.

En todo caso, en el procedimiento constitutivo es la Administración Pública la que aprecia las pruebas aportadas por las partes y las pruebas que la propia Administración ha elaborado. Sin embargo, en estos casos, la Administración no tiene que sujetarse necesariamente, para decidir, sólo a lo que prueben los interesados. La Administración puede tener otros elementos de convicción, aun cuando en ellos no hayan intervenido los particulares. Así se reconoce en el Artículo 62 de la Ley Orgánica.

En definitiva, por tanto, en los procedimientos constitutivos, y particularmente, sancionatorios, la carga de la prueba la tiene la Administración, lo cual significa que la Administración no puede imponer una sanción sin probar adecuadamente los hechos, teniendo ella la obligación de probarlos. La consecuencia de esta obligación es la necesidad de la motivación de los actos, es decir, de que la Administración exprese formalmente los supuestos de hecho de los actos. Esta exigencia de la motivación, en definitiva, es la consecuencia de esta carga de la prueba que tiene la Administración. Por ello, para imponer una sanción, la Administración debe motivar su decisión, es decir, expresar cuáles fueron los elementos de convicción que tuvo para imponer la sanción, conforme lo exige el Artículo 9 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

b. *La carga de la prueba en el procedimiento de impugnación*

En cuanto a los procedimientos de impugnación de los actos administrativos, la situación varía en materia de carga de la prueba. En estos casos, no se trata de constituir un acto; ya el acto está dictado, y es un interesado quien lo impugna.

Ahora bien, ese acto impugnado, como señalamos anteriormente, goza de una presunción de legitimidad, de veracidad y de legalidad por lo que dicha presunción revierte la carga de la prueba en el impugnante, quien debe probar la fundamentación de su recurso, por ejemplo, la ilegalidad del acto.

Por tanto, por el solo hecho de la existencia de una presunción de legitimidad, legalidad y veracidad de los actos administrativos, se produce la inversión de la carga de la prueba, recayendo en el interesado impugnante. Esta inversión, sin duda, puede ser peligrosa, pues sería muy fácil para la Administración dictar un acto sin prueba alguna, para que luego, el interesado tenga que demostrar que el acto está mal dictado. Por ello, precisamente, la exigencia legal de la motivación de los actos administrativos, como requisito de legalidad formal de los mismos, que obliga a la Administración a dejar constancia expresa de los fundamentos legales y fácticos de sus decisiones.

Asimismo, por ello, la exigencia en los procedimientos constitutivos de carácter sancionatorio, de la necesidad de que se inicie el procedimiento con un Acta, revestida de una serie de elementos, en los cuales el funcionario debe dejar constancia, en presencia del interesado, de los hechos que, en definitiva, van a provocar el inicio del procedimiento y van a dar origen a la emisión posterior del acto.

Por tanto, aun cuando en los procedimientos de impugnación de los actos administrativos ante la Administración, se invierta la carga de la prueba y sea el interesado recurrente quien debe probar su alegato frente al acto dictado, esta situación no exime, en ningún caso, a la Administración de la obligación que siempre tiene de motivar sus actos administrativos y de comprobar la causa de los mismos.

B. *El principio de investigación de la verdad material*

En relación con la obligación de la Administración de probar surge el principio expresado formalmente en las leyes de procedimiento administrativo de América Latina, vinculado con el objetivo del procedimiento, tendiente a la investigación de la verdad real de los hechos. Así se enuncia, como uno de los principios del procedimiento administrativo en el artículo IV, Título Preliminar, de la Ley del Perú:

> *1.11 Principio de verdad material*. En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.

En sentido similar lo expresa la Ley de Costa Rica:

> *Artículo 297.1* La Administración ordenará y practicará todas las diligencias de pruebas necesarias para determinar la verdad real de los hechos, objeto del trámite, de oficio o a petición de parte.

En la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela el principio se establece respecto de los procedimientos sumarios indicándose que la Administración debe "comprobar de oficio la verdad de los hechos" y demás elementos de juicio necesarios para el ofrecimiento del asunto (art. 69). En estos procedimientos, por su naturaleza, la propia Administración es la que tiene la carga de la prueba y su objetivo es determinar la verdad real de los hechos. Se busca, en esta forma, superar el criterio de la verdad formal que pueda aparecer de las actas, y permitir y obligar a la Administración a escudriñar en los hechos de manera de determinar, realmente, la verdad material de los mismos.

C. *Los medios de prueba*

En cuanto a los medios de prueba, las leyes de procedimientos administrativos en general remiten a lo dispuesto en los Códigos de Procedimiento Civil, en los Códigos Civiles e, incluso, en el caso de la Ley venezolana, en el Código Orgánico Procesal Penal, (art. 58 Ley de Venezuela; art. 70 Ley de Uruguay).

a. *Admisión de cualquier medio de prueba*

En el procedimiento administrativo, en efecto, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos se limita a señalar, en su Artículo 58, que "los hechos que se consideren relevantes para la decisión de un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba establecidos en los Códigos Civil, y de Enjuiciamiento Criminal (Orgánico Procesal Civil) o en otras leyes". Se establece, por tanto, en esta materia, una gran amplitud probatoria en vía administrativa, con las únicas restricciones establecidas en la Ley Orgánica de la Administración Pública.

La legislación venezolana había venido estableciendo progresivamente, primero en el Estatuto Orgánico de Ministerios, luego en la Ley Orgánica de la Administración Central y posteriormente, en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, algunas normas específicas en materia de medios de prueba que modificaban en algo los principios generales consagrados en materia civil. En todo caso, la doctrina de la Corte Suprema había sido tradicional en señalar que en materia administrativa, los medios de prueba eran los del procedimiento civil y que nada autorizaba a pensar que había normas distintas. Así, en una sentencia de 12 de noviembre de 1954, la antigua Corte Federal señaló claramente que "conforme a nuestro ordenamiento jurídico nada autoriza, a falta de una reglamentación expresa y especial de la prueba en el derecho administrativo, a probar los hechos y actos que se discuten ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por normas distintas a las establecidas en el derecho privado, que vienen así a ser la Ley común"[7].

De lo anterior deriva, entonces, el principio de que en materia administrativa se pueden acreditar los hechos "por cualquier medio de prueba" como dice la Ley de Honduras; por "cualquier medio de prueba admisible en derecho "(Art. 35); por "los medios de prueba necesarios", como lo señala la Ley peruana (art. 166); o como lo dice la Ley Federal mexicana, que "se admitirán toda clase de pruebas" (art. 50). La Ley de Uruguay también señala que se admitirá "cualquier medio de prueba" (art. 70); y, según la Ley de Costa Rica estos medios de prueba "podrán ser todos los que estén permitidos por el derecho público, aunque no sean admisibles por el derecho común" (art. 298); los cuales la Ley del Perú, enumera como "presentación de documentos e informes, proponer experticias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas" (art. 162.2).

---

7 Gaceta Forense, (*G.F.* Nº 6, 1954, p. 202).

b. *La prueba documental*

A continuación, nos referiremos sólo a algunos aspectos específicos que en el campo de los procedimientos administrativos tiene la prueba documental[8].

En efecto, en materia de pruebas por escrito, hay algunas normas de la Ley Orgánica de la Administración Pública que deben destacarse y que se refieren a la exhibición de documentos y al carácter de los documentos administrativos.

a'. *La exhibición de documentos*

En materia administrativa, al igual que en materia procesal civil, se admite la exhibición de documentos. Esta prueba está expresamente regulada en la Ley Orgánica de la Administración Pública cuyas normas deben destacarse, en cuyo artículo 165 de la Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela, se dispone que no se puede ordenar la exhibición o inspección judiciales de los documentos, archivos y registros administrativos de los órganos y entes de la Administración Pública, sino por los órganos a los cuales la ley atribuye específicamente tal función.

Sin embargo, señala la norma que puede acordarse judicialmente la copia, exhibición o inspección de determinado documento, expediente, libro o registro administrativo y se debe ejecutar la providencia, a menos que el órgano superior respectivo hubiera resuelto con anterioridad otorgarle al documento, libro, expediente o registro la clasificación como secreto o confidencial, de conformidad con la Constitución y la ley que regule la materia de clasificación de contenido confidencial o secreto (art. 165). De esto resulta, por tanto, que la prueba de exhibición de documentos específicos se admite en general en materia contencioso-administrativa, cuando ha sido acordada por la autoridad judicial, con la sola excepción de que los documentos concretos hayan sido declarados como de carácter reservado o confidencial por la autoridad administrativa superior.

Por supuesto, esto nos plantea el problema del alcance de la reserva de los archivos, no sólo frente a razones de seguridad, que en algún caso justificarían en un momento determinado la reserva de documentos, sino frente a la amplia discrecionalidad que la Ley otorga a la Administración. Debe observarse que la Ley permite a la Administración que discrecionalmente declare archivos como de carácter reservado o confidencial. Por ello, por razones de oportunidad podría la Administración declarar reservados determinados archivos y, por tanto, cerrarle al particular la posibilidad de la exhibición de documentos e, inclusive, de la inspección de los mismos.

Este problema de la reserva de los Archivos oficiales, recogido en la Ley Orgánica de la Administración Central de 1976, tradicionalmente estaba en las leyes y Estatutos de los ministerios y es, además, un principio que recogen multitud de leyes administrativas especiales. Así, por ejemplo, la Ley Orgánica del Ministerio Público, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República establecen normas específicas que declaran la reserva de los archivos oficiales. En todo caso, como se ha visto, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, al asegurar en su Artículo 59 el derecho del interesado a tener acceso al expediente, convierte la confidencialidad de documentos en algo realmente excepcional.

---

[8] Sobre la prueba documental, véase Hildegard Rondón de Sansó, *El Procedimiento Administrativo,* Caracas 1976, p. 169 y ss.

Véase la jurisprudencia sobre los documentos administrativos en Allan R. Brewer-Carías, jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo III, Vol. I, Caracas 1976, pp. 156 y ss., y 300 y ss.; y en Mary Ramos Fernández, "Jurisprudencia Administrativa y Constitucional" en *Revista de Derecho Público,* Nº 3, Caracas 1980, p. 120; N° 6, Caracas 1981, p. 146.

b'. *Los documentos administrativos*

El segundo aspecto en materia de pruebas por escrito que debemos mencionar se refiere a la prueba documental y en particular, al problema del valor de los documentos administrativos y determinar si tienen el valor de un documento público.

En esta materia podemos admitir, como principio general, que los documentos y actos administrativos tienen valor de documento público, siempre que en ellos se deje constancia de hechos jurídicos por un funcionario público que declara haber efectuado, visto u oído esos hechos, para lo cual tenía competencia expresa. Este es el principio del Artículo 1359 del Código Civil. En todos estos casos en los cuales un funcionario tenga competencia expresa para dejar constancia de hechos que efectúe, que vea y que oiga, el acto administrativo resultante tiene el valor de documento público. Por supuesto, en estos casos, que no son la mayoría, la impugnación de esos documentos tiene que hacerse mediante la tacha si contienen actos jurídicos privados. Un acto de un Alcalde, por ejemplo, mediante el cual celebra un acto de matrimonio, sin duda es un acto administrativo, pero el mismo no se puede impugnar por la vía contencioso-administrativa, sino que, como documento público, sólo puede ser impugnado por la vía judicial prevista en el Código Civil.

Puede decirse que la antigua Corte Suprema de Justicia, no había admitido en general, el carácter de documento público de todos los actos administrativos. En una sentencia de 1971 se estableció con claridad la doctrina de la Corte que sólo calificaba como documento público, los actos administrativos contentivos de las actuaciones de los funcionarios públicos, un acta fiscal, por ejemplo, siempre que hayan sido dictados en ejercicio de su competencia o funciones propias. En esta sentencia de 18-2-71[9] se estableció, en efecto, lo siguiente: "Se ha calificado como documentos públicos los instrumentos contentivos de actuaciones de los funcionarios públicos en ejercicio de su competencia o funciones propias, y consecuencialmente, ha sostenido el criterio de que la fuerza probatoria de los mismos no se puede destruir sino mediante el procedimiento de tacha. Si bien es cierto que las actuaciones de los funcionarios públicos en la forma indicada no pueden asimilarse por su diferente formación y estructura jurídica, a los actos que en el derecho común se califican como documentos públicos, no lo es menos que la fe pública que la Ley atribuye a algunas de las actuaciones de los funcionarios, solamente es desvirtuable por el procedimiento de tacha".

En esa decisión, la antigua Corte no se atrevió a calificar estos actos administrativos como documentos públicos, pero estableció el criterio de que por la similitud que el funcionario administrativo tiene, en su actuación, para declarar, ver o oír ciertos hechos, con fuerza de fe pública, tendrían tal carácter. El problema a determinar es si por considerar a un acto administrativo como documento público, necesariamente tendría que desvirtuarse por el procedimiento de tacha.

La Corte Suprema en una sentencia de 27-7-70 refiriéndose a un tipo de documento esencial en materia administrativa como son las Actas que levantan ciertos funcionarios, al iniciar un procedimiento administrativo, señalaba que "son documentos en los cuales quien tenga competencia para levantarlas, puede dejar constancia de lo que él haya efectuado, del estado o situación de las cosas o lugares o de hechos o actos ocurridos en su presencia, en la fecha en que en ella se determina"[10].

---

9 *G.O.* 1.472 Extraordinaria de 11-6-71.

10 *G.O.* 1.481, Extr. de 25-8-71, p. 30.

En esta forma, estas actas tienen por objeto que el funcionario con competencia para ello deje constancia de hechos que ve, que efectúa, que oye, y como tales, tienen un valor similar al de los documentos públicos. Su impugnación, sin embargo, no se efectúa por el procedimiento de tacha, pues no contienen situaciones jurídico-privadas.

En todo caso, si todos los actos administrativos que tuvieran fuerza de documento público tuvieran que ser impugnados por la vía de la tacha, materialmente no existiría el recurso contencioso administrativo de anulación, porque habría que acudir al procedimiento de tacha y no al recurso de nulidad. Por eso, el carácter de documento público y la consecuente tacha, sólo se reserva a los actos en los cuales el funcionario tenga competencia para ver, efectuar y oír determinados hechos, negocios o actos de carácter jurídico privado.

En materia de documentos administrativos[11], también hay una norma que debe destacarse, de gran importancia, y es la contenida en el Artículo 170 de la Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela, conforme se establecía en la Ley Orgánica derogada, prohíbe la expedición de certificaciones de mera relación, es decir, aquellas que sólo tengan por objeto hacer constar el testimonio u opinión del funcionario declarante sobre algún hecho o dato de su conocimiento de los contenidos en los expedientes archivados o en curso, o de aquellos asuntos que hubiere presenciado por motivo de sus funciones. Sin embargo, pueden expedirse certificaciones sobre datos de carácter estadístico, no confidenciales o secretos, que consten en expedientes o registros oficiales que no hayan sido publicados y siempre que no exista prohibición expresa al respecto.

Por tanto, un funcionario público aun cuando sea competente para levantar un Acta de las que inician un procedimiento administrativo, no puede, en ningún caso, expedir las llamadas certificaciones de mera relación, en las cuales haga relación de hechos de los cuales tiene conocimiento, y si ésta se expide, la certificación no tiene valor jurídico alguno, no sirviendo de medio alguno de prueba.

Por último, en cuanto a las pruebas documentales, deben destacarse las regulaciones de la Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos de Venezuela de 1999, establecidas conforme al principio de la presunción de buena fe del interesado, y que disponen:

> *Artículo 14.* Los órganos y entes de la Administración Pública aceptarán la presentación de instrumento privado en sustitución de instrumento público y de copia simple o fotostática en lugar de original o copia certificada de documentos que hayan sido protocolizados, autenticados o reconocidos judicialmente, salvo los casos expresamente previstos en la Ley.
>
> *Artículo 15.* No se podrá exigir el cumplimiento de un requisito cuando éste, de conformidad con la normativa aplicable, debió acreditarse para obtener la culminación de un trámite anterior ya cumplido. En este caso, dicho requisito se tendrá por cumplido para todos los efectos legales.
>
> *Artículo 16*. No se exigirán comprobantes de pago correspondientes a períodos anteriores como condición para aceptar un nuevo pago a la Administración. En estos casos, dicha aceptación no implica el pago de períodos anteriores que se encuentren insolutos.

---

11 Sobre la prueba documental, véase Hildegard Rondón de Sansó, *El Procedimiento Administrativo,* Caracas 1976, p. 169 y ss. Véase la jurisprudencia sobre los documentos administrativos en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo III, Vol. I, Caracas 1976, pp. 156 y ss., y 300 y ss.; y en *Revista de Derecho Público,* Nº 3, Caracas 1980, p. 120; N° 6, Caracas 1981, p. 146.

Artículo 17. Los órganos y entes sujetos a la aplicación de este Decreto-Ley, no podrán exigir la presentación de solvencias emitidas por los mismos para la realización de trámites que se lleven a cabo en sus dependencias, salvo los casos expresamente previstos en la Ley.

Sobre estos mismos aspectos de la prueba documental, la Ley peruana dispone que las entidades están obligadas a recibir los siguientes documentos e informaciones en vez de la documentación oficial, a la cual reemplazan con el mismo mérito probatorio:

41.1.1 Copias simples o autenticadas por los fedatarios institucionales, en reemplazo de documentos originales o copias legalizadas notarialmente de tales documentos. Las copias simples serán aceptadas, estén o no certificadas por notarios, funcionarios o servidores públicos en el ejercicio de sus funciones y tendrán el mismo valor que los documentos originales para el cumplimiento de los requisitos correspondientes a la tramitación de procedimientos administrativos seguidos ante cualquier entidad. Sólo se exigirán copias autenticadas por fedatarios institucionales en los casos en que sea razonablemente indispensable

41.1.2 Traducciones simples, con la indicación y suscripción de quien oficie de traductor debidamente identificado, en lugar de traducciones oficiales.

41.1.3 Las expresiones escritas del administrado contenida en declaraciones con carácter jurado mediante las cuales afirman su situación o estado favorable en relación con los requisitos que solicita la entidad, en reemplazo de certificaciones oficiales sobre las condiciones especiales del propio administrado, tales como antecedentes policiales, certificados de buena conducta, de domicilio, de supervivencia, de orfandad, de viudez, de pérdida de documentos, entre otros.

41.1.4 Instrumentos privados, boletas notariales o copias simples de las escrituras públicas, en vez de instrumentos públicos de cualquier naturaleza, o testimonios notariales, respectivamente

41.1.5 Constancias originales suscritas por profesionales independientes debidamente identificados en reemplazo de certificaciones oficiales acerca de las condiciones especiales del administrado o de sus intereses cuya apreciación requiera especiales actitudes técnicas o profesionales para reconocerlas, tales como certificados de salud o planos arquitectónicos, entre otros. Se tratará de profesionales colegiados sólo cuando la norma que regula los requisitos del procedimiento así lo exija.

41.1.6 Copias fotostáticas de formatos oficiales o una reproducción particular de ellos elaborada por el administrador respetando integralmente la estructura de los definidos por la autoridad, en sustitución de los formularios oficiales aprobados por la propia entidad para el suministro de datos.

Además, en el artículo 40 de dicha ley se enumeran, en detalle, los documentos e información que la Administración no puede solicitar a los administrados:

40.1.1 Aquella que la entidad solicitante posea o deba poseer en virtud de algún trámite realizado anteriormente por el administrado en cualquiera de sus dependencias, o por haber sido fiscalizado por ellas, durante cinco (5) años anteriores inmediatos, siempre que los datos no hubieren sufrido variación ni haya vencido la vigencia del documento entregado. Para acreditarlo, basta que el administrado exhiba la copia del cargo donde conste dicha presentación, debidamente sellado y fechado por la entidad ante la cual hubiese sido suministrada.

40.1.2 Aquella que haya sido expedida por la misma entidad o por otras entidades públicas del sector, en cuyo caso corresponde recabarlas a la propia entidad a solicitud del administrado.

40.1.3 Presentación de más de dos ejemplares de un mismo documento ante la entidad, salvo que sea necesario notificar a otros tantos interesados.

40.1.4 Fotografías, salvo para obtener documentos de identidad, pasaporte o licencia o autorizaciones de índole personal o por razones de seguridad nacional. Los administrados tendrán libertad de escoger la empresa en la cual sean obtenidas las fotografías, con excepción de los casos de digitalización de imágenes.

40.1.5 Documentos de identidad personal distintos a la Libreta Electoral o Documento Nacional de Identidad. Asimismo, sólo se exigirá para los ciudadanos extranjeros carnet de extranjería o pasaporte según corresponda.

40.1.6 Recabar sellos de la propia entidad, que deben ser acopiados por la autoridad a cargo del expediente.

40.1.7 Documentos o copias nuevas, cuando sean presentadas otras, no obstante haber sido producidos para otra finalidad, salvo que sean ilegibles.

40.1.8 Constancia de pago realizado ante la propia entidad por algún trámite, en cuyo caso el administrado sólo queda obligado a informar en su escrito el día de pago y el número de constancia de pago, correspondiendo a la administración la verificación inmediata.

c'. *La prueba de testigos*

Debe indicarse en materia de medios de prueba, por una parte, las regulaciones expresas de la prueba de testigos y peritaje en la Ley peruana (arts. 175 y 176); y por la otra, una restricción general, en el sentido de que no se admite la prueba de confesión frente a los funcionarios. En la legislación venezolana se denominan posiciones juradas o confesión, y las mismas conforme a la derogada Ley Orgánica de la Administración Central no se admitían. En Ley Orgánica de la Administración Pública que la sustituyó, sin embargo, desapareció la prohibición. La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos tampoco prevé restricciones, estableciendo simplemente que los hechos que se consideren relevantes, pueden ser objeto de todo medio de prueba.

d'. *La prueba de confesión*

La restricción con relación a la prueba de confesión se encuentra también consagrada expresamente en México, donde no se permite "la confesional de las autoridades" (art. 50), y está prevista también en la Ley de Costa Rica, según la cual "la Administración no podrá confesar en su perjuicio" (art. 301, 1.). La Ley peruana también establece sobre la actuación probatoria de las autoridades administrativas, que las autoridades de entidades no prestan confesión, salvo en procedimientos internos de la administración; sin perjuicio de ser susceptibles de aportar elementos probatorios en calidad de testigos, informantes o peritos, si fuere el caso (art. 177).

D. *La evacuación de las pruebas y participación de los interesados*

En cuanto a la evacuación de las pruebas, la Ley 19880 de Chile exige a la Administración comunique a los interesados, con la suficiente antelación, el inicio de las actuaciones necesarias para la realización de las pruebas que hayan sido admitidas. En la notificación se debe consignar el lugar, fecha y hora en que se debe practicar la prueba, con la advertencia, en su caso, de que el interesado puede nombrar peritos para que le asistan.

Por otra parte, en las leyes de Honduras, Uruguay y Costa Rica establecen normas específicas sobre determinadas pruebas.

Por ejemplo, la Ley de Honduras establece normas sobre testigos, que permite a la Administración la posibilidad de interrogarlos libremente (art. 70), sobre experticia (art. 71) y sobre inspección *in situ* (art. 73). Por su parte, la Ley de Uruguay también contiene normas específicas sobre la prueba de testigos, y cómo evacuarla (art. 72); sobre la designación de peritos en los casos de experticia (art. 73); sobre a quién corresponden los gastos del diligenciamiento de la prueba (art. 74), los cuales, por supuesto, corresponden a quien la promueva. Si es la Administración la que promueve la experticia, ésta debe correr con los gastos, o si es el particular quien la promovió, le corresponde a éste. Esta Ley establece detalles sobre los gastos que corren a cargo de la Administración o de las partes que soliciten la evacuación.

En sentido similar, sobre los gastos de las actuaciones probatorias, el artículo 178 de la Ley peruana, dispone que en el caso de que la actuación de pruebas propuestas por el administrado importe la realización de gastos que no deba soportar racionalmente la entidad, ésta podrá exigir el depósito anticipado de tales costos, con cargo a la liquidación final que el instructor debe practicar documentalmente al administrado, una vez realizada la probanza.

La Ley de Brasil, como ya se señaló, establece el principio de la economía en materia de prueba, en el sentido de que, si el procedimiento requiere de instrucción, las actuaciones que se exijan de los interesados deben realizarse del modo que sea menos oneroso para ellos (art. 29,2).

Un aspecto que queda siempre en situación de tensión es el relativo a las exigencias probatorias en relación con la reserva de los archivos de la Administración. El derecho a probar, el derecho a la información y el derecho a la defensa del interesado tiene que privar frente a la idea atávica del secreto y la reserva de los archivos oficiales.

Por otra parte, si bien la carga de la prueba y su conducción es básicamente un asunto de la Administración, lo que es evidente, sea o no expresado en las leyes, es que los administrados tienen derecho a participar en el procedimiento de evacuación de pruebas o, como lo dice el Decreto de Uruguay, los interesados tienen derecho a controlar las pruebas y su evacuación. Así se establece expresamente en el artículo 71 del Decreto:

> *Artículo 71.* Las partes tienen derecho a controlar la producción de la prueba; a tal efecto, la Administración les comunicará con antelación suficiente el lugar, fecha y hora en que se practicará la prueba y les hará saber que podrán concurrir asistidos por técnicos.

En el caso de la Ley mexicana se exige que el órgano administrativo notifique a los interesados, con una anticipación de tres días, el inicio de las actuaciones necesarias para el desahogo de las pruebas que hayan sido admitidas (art. 52).

Sin embargo, una prescripción de este tipo que obligue a la Administración a notificar con anterioridad al interesado para que éste sepa cuándo se inicia la evacuación, no está en las otras leyes. Esto, por supuesto, garantiza no sólo la participación del interesado sino sus derechos en el procedimiento de manera de no verse sorprendido, por ejemplo, con una experticia o con otra prueba cuya evacuación la haga la Administración, por ejemplo, a su manera.

Deben destacarse, por otra parte, las disposiciones de la Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos de Venezuela de 1999, que se refieren al tema de las pruebas bajo el ángulo del principio de la buena fe del interesado. En tal sentido se señala con carácter general que los órganos y entes de la Administración Pública no exigirán a los administrados pruebas distintas o adicionales a aquellas expresamente señaladas por Ley (art. 12); agregando que:

> *Artículo 13*. Los órganos y entes de la Administración Pública se abstendrán de exigir algún tipo de prueba para hechos que no hayan sido controvertidos, pues mientras no se demuestre lo contrario, se presume cierta la información declarada o proporcionada por el ciudadano en su solicitud o reclamación.

E. *La licitud de los medios de prueba*

Por supuesto, en relación con las pruebas en el procedimiento administrativo también es aplicable el principio de que no se pueden aceptar como pruebas, las que hubiesen sido obtenidas ilícitamente. Lo señala la Constitución de Venezuela, en artículo 49, 1: "Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso"; y en materia de procedimientos administrativos, es norma expresa de la Ley de Brasil que "son inadmisibles en el procedimiento administrativo las pruebas obtenidas por medios ilícitos" (art. 30).

F. *La presunción de veracidad*

La Ley del Perú, con gran acierto, también consagra el principio de la presunción de veracidad en relación las pruebas aportadas por los administrados, al establecerlo como uno de los principios del procedimiento administrativo (artículo IV 1,7, Título Preliminar), así:

> *Principio de presunción de veracidad*. En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formuladas por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario.

G. *La apreciación de las pruebas*

La Administración, para decidir, debe apreciar libremente y en su conjunto el resultado de las pruebas, de acuerdo con la sana crítica. Este es el principio que recoge el artículo 74 de la Ley de Honduras.

En todo caso, para los efectos de la apreciación final de las pruebas, la Ley de Honduras establece el principio de la audiencia a los interesados, para tal fin. Así se dispone en el artículo 75:

> *Artículo 75.* Transcurrido el término probatorio ... de oficio se dará vista de las actuaciones a los interesados para que dentro del plazo común de diez días, aleguen sobre todo lo actuado y sobre el valor y alcance de las pruebas producidas.

4. *El principio de la objetividad*

El tercer principio del procedimiento administrativo implícito en el principio de la oficialidad es el principio de la objetividad, el cual también se encuentra regulado en las leyes de procedimiento administrativo. Así lo expresa claramente la Ley 9.784 de Brasil, al señalar que, en los procedimientos administrativos, entre otros criterios debe ser observado "el de la objetividad en la atención del interés público" (art. 2,III).

A. *La satisfacción del interés general y las políticas públicas*

La objetividad apunta en el procedimiento administrativo, en primer lugar, a la satisfacción del interés general, sin discriminaciones y sin inclinar la balanza a favor de un particular, es decir, sin violar el principio de la igualdad.

La Administración, en efecto, debe servir a los intereses generales con objetividad; aun cuando para ello no necesariamente debe considerarse neutra. No debe olvidarse que la Administración es una organización instrumental de la acción política del Estado y del gobierno, por ello, tiene subordinación a una determinada orientación política.

Esto implica, entonces, que la objetividad en la consecución de los intereses generales está siempre vinculada a la orientación política del gobierno, no pudiendo la Administración estar al margen de la misma. De ello deriva que la objetividad en el procedimiento no es absoluta, sino relativa, pues la Administración está vinculada al gobierno, y actúa dentro de la política formulada por éste.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la actividad de la Administración al satisfacer las necesidades colectivas también está al servicio de los particulares, y esto debe cumplirlo con objetividad; como lo establece el artículo 35 de la Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos de Venezuela de 1999:

> *Artículo 35*. La actividad de los órganos y entes de la Administración Pública debe esta dirigida a servir eficientemente a los particulares, mediante la plena satisfacción de las necesidades colectivas. En tal sentido, el funcionario público es, ante todo, un servidor público.

En todo caso, el principio de la objetividad está garantizado frente a los administrados por el principio de la imparcialidad y las normas de inhibición.

B. *El principio de imparcialidad*

En efecto, dentro de los principios generales que rigen el procedimiento administrativo está el principio de la imparcialidad, derivado del principio de igualdad y no discriminación de los administrados, conforme al cual, la Administración, en el curso del procedimiento y al decidirlo, no debe tomar partido, ni inclinar la balanza o beneficiar ilegítimamente a una parte en perjuicio de otra, sino que debe tomar su decisión únicamente conforme al ordenamiento jurídico y con la finalidad de interés general que la motiva.

Este principio regulado el Artículo 30, exige a la Administración tratar en igual forma a todos los particulares y no puede establecer ningún tipo de discriminación respecto de ellos, ni parcializarse por ninguna posición y debe mantener siempre una posición imparcial. Esto trae dos consecuencias concretas en la Ley. Por una parte, la obligación de respetar el orden que establece el Artículo 34 para la decisión de los asuntos. Ya hemos visto que cuando se introduce una solicitud, debe haber un registro numerado conforme al Artículo 47, y en consecuencia, de acuerdo al Artículo 34, el despacho de los asuntos debe hacerse respetándose rigurosamente él orden en que fueron presentados. Sólo si hay razones de interés público y si se motivan estas razones mediante resolución expresa, puede el Jefe de la Oficina respectiva modificar el orden, dejando constancia en el expediente de los motivos.

Así lo recoge el Código colombiano, como principio general, en una enumeración que hace en el artículo 3:

> *Artículo 3.* En virtud del principio de imparcialidad las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente, deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos.

También lo establece, como principio del procedimiento administrativo, el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Perú, así:

> *1.5* Principio de imparcialidad. Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándole tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.

La Ley 19880 de Chile también recoge el principio así:

> *Artículo* 11. Principio de imparcialidad. La Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte.

Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos.

Adicionalmente a la exigencia de igualdad de tratamiento a los administrados; en la norma colombiana antes indicada está presente la idea del orden, en el sentido de que debe respetarse el orden en que éstos actúen ante los órganos administrativos. Es la idea del "orden riguroso" en los trámites que también se establece en todas las otras leyes (Venezuela, por ejemplo), como antes se indicó.

C. *Las inhibiciones y abstenciones y las recusaciones de funcionarios*

La consecuencia de la previsión general del principio de la objetividad en materia administrativa es que el funcionario tiene la obligación de inhibirse de conocer de los asuntos en los cuales pueda estar afectada su imparcialidad.

Esto, en general, se establece en todas las leyes de procedimiento administrativo, como una obligación del funcionario de inhibirse o de abstenerse (se usan las dos expresiones) del conocimiento del asunto cuando esté incurso en alguna causal que comprometa su imparcialidad. Incluso, en leyes específicas sobre los funcionarios públicos también se establece la obligación, como sucede en la Ley del Estatuto de la Función Pública de 2002, en cuyo artículo 33, ordinal 10 se establece dentro de los deberes de los funcionarios públicos, el siguiente:

Inhibirse del conocimiento de los asuntos cuya competencia esté legalmente atribuida, en los siguientes casos:

> a. Cuando personalmente, o bien su cónyuge, su concubino o concubina o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tuvieren interés en un asunto.
>
> b. Cuando tuvieren amistad o enemistad manifiesta con cualquiera de las personas interesadas que intervengan en un asunto.
>
> c. Cuando hubieren intervenido como testigos o peritos en el expediente de cuya resolución se trate, o como funcionarios o funcionarias públicos hubieren manifestado previamente su opinión en el mismo, de modo que pudieran prejuzgar la resolución del asunto; o tratándose de un recurso administrativo, que hubieren resuelto o intervenido en la decisión del acto que se impugna.

D. *Cuando tuvieren relación de subordinación con funcionarios o funcionarias públicos directamente interesados en el asunto*

El funcionario o funcionaria público de mayor jerarquía en la entidad donde curse un asunto podrá ordenar, de oficio o a instancia de los interesados, a los funcionarios o funcionarias públicos incursos en las causales señaladas en este artículo que se abstengan de toda intervención en el procedimiento, designando en el mismo acto al funcionario o funcionaria que deba continuar conociendo del expediente.

Ahora bien, normalmente, son las leyes de procedimiento administrativo las que prevén estas causales de inhibición y recusación y no remiten en forma supletoria a las que se regulan en el Código de Procedimiento Civil, salvo la Ley argentina (art. 6) y el Código colombiano (art. 30).

En todas las leyes se establece, además de la obligación de inhibirse, la posibilidad de recusación; esto, salvo en el caso de Venezuela, lo cual fue excluido al momento de discutirse la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, pensando que si se contemplaba la recusación, materialmente se paralizarían todos los procedimientos administrativos. El contraste ha sido que en muchos casos resulta difícil poder apartar a un funcionario del trámite de un procedimiento, a pesar de que está parcializado, o que tiene una actitud hostil hacia el interesado. Sólo habría medios indirectos, pues en virtud de que la decisión que le ordene separarse a un funcionario del conocimiento de un asunto le corresponde al superior jerárquico, un mecanismo real de solicitud de inhibición puede plantearse indirectamente ante el superior, como si se tratase de una forma de recusación.

Ahora bien, en general, lo que se regula expresamente en todas las leyes, como lo tienen establecido el artículo 36 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela y el artículo 12 de la ley 19880 de Chile, siguiendo la orientación del artículo 20 de la Ley española de Procedimiento Administrativo de 1957, ya derogada, es la obligación de inhibirse o de abstenerse que tiene todo funcionario cuando esté en duda su imparcialidad. Como consecuencia de esta obligación es que surge en algunos casos, la posibilidad de recusación por parte de los interesados.

En términos generales, este deber de abstención se produce en los casos siguientes:

1. Cuando el funcionario tenga interés en el procedimiento, el cual puede ser personal o bien de su cónyuge o de algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; o sea administrador de la sociedad o entidad interesada. Esta es una causal general para que el funcionario deba inhibirse o para que pueda ser recusado. Se trata de la aplicación concreta, en materia administrativa, del principio *nemo judex in causa sua* conforme al cual, el funcionario público no debe intervenir en los procedimientos en los cuales tenga interés. (art. 15, Ley de Honduras; art. 18, Ley de Brasil; art. 21, Ley de México, I, II, III; art. 88,3, Ley del Perú; art. 12,1,2 Ley 19880 de Chile).

2. Otra causal es la que se refiere a la amistad íntima o enemistad manifiesta del funcionario con cualquiera de las personas interesadas que intervengan en el procedimiento (art. 20, Ley de Brasil; art. 15, Ley de Honduras; art. 21, IV de la Ley mexicana; art. 88,4, Ley del Perú; art. 12,3 Ley 19880 de Chile). En algunos casos esa vinculación se presume, como se regula en el Código de Colombia, que contiene una causal muy vinculada al hecho político colombiano y es que el funcionario haya sido parte de las listas de candidatos a cuerpos colegiados de elección popular inscritas o integradas también por el interesado (art. 30.1), ya que se presume que, al haber estado en la misma lista, se origina un vínculo que debe provocar la inhibición o a la recusación.

3. Otra de las causales es, por ejemplo, haber intervenido como testigo o perito en el expediente de cuya resolución se trate, o si como funcionario hubiere manifestado previamente su opinión en el mismo, de modo que pudiera prejuzgar sobre la resolución del asunto, o tratándose de un recurso administrativo, hubiere resuelto o intervenido en la decisión del acto que se impugna (art. 18,III Ley de Brasil; art. 15, de la Ley de Honduras; art. 21, V, Ley mexicana; art. 88,2, Ley del Perú; art. 12,4 Ley 19880 de Chile).

4. Por último, otra causal se da cuando el funcionario hubiere tenido una relación de servicio o de subordinación con cualquiera de los directamente interesados en el asunto (art. 21, VI, Ley mexicana; art. 88,5, Ley del Perú; art. 12,5 Ley 19880 de Chile). En este campo, por ejemplo, el Código de Colombia agrega como causal que el funcionario haya sido recomendado por el interesado para llegar al cargo que ocupa o cuando lo haya designado como referencia con el mismo fin (art. 30,2).

En todos estos casos, como se dijo, el funcionario público tiene el deber de inhibirse, abstenerse o excusarse.

Debe señalarse, como antes se indicó, que el Artículo 33 de la Ley del Estatuto de la Función Pública y el artículo 36 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos venezolanas, al definir las causas de inhibición, establecen una obligación para los funcionarios de inhibirse del conocimiento de los asuntos, por lo cual esta no es potestativa sino obligatoria. Sin embargo, el Artículo 36 de la Ley Orgánica, en su parágrafo único, exceptúa de esta obligación sólo a los funcionarios que tengan a su cargo la expedición de certificados adoptados en serie o conforme a modelos preestablecidos, de modo que en esos casos resulte en extremo difícil advertir la existencia de alguna de las causas de inhibición.

En cuanto a la oportunidad en la cual la inhibición debe ser formulada por el funcionario, el Artículo 37 señala que éste, dentro de los 2 días hábiles siguientes a aquél en el cual comenzó a conocer del asunto o en el cual sobrevino la causal de inhibición, deberá plantear su inhibición en escrito razonado y, sin retardo, remitir el expediente a su superior inmediato.

Por supuesto, la Ley permite, también, que la decisión del funcionario superior de ordenar a algún funcionario inferior que se abstengan de seguir interviniendo en un procedimiento puede ser adoptada de oficio. El funcionario superior, de acuerdo al Artículo 38, dentro de los 10 días hábiles siguientes contados a partir de la fecha de recepción del expediente, es quien debe decidir, sin más trámite, si es procedente o no la inhibición. En el caso de que el funcionario superior considere que la inhibición es procedente, designará, en la misma decisión, un funcionario de igual jerarquía que conozca del asunto y, al efecto, le remitirá el expediente sin retardo alguno, a los efectos de que continúe la tramitación y lo decida. En caso de que no existiere funcionario de igual jerarquía al que se hubiere inhibido, el funcionario superior debe designar un funcionario *ad hoc* que se encargue del expediente.

Ahora bien, en caso de que el funcionario superior no acepte la inhibición formulada por el funcionario inferior, devolverá el expediente al funcionario inhibido, quien está obligado a continuar conociendo del asunto.

Debe señalarse, por otra parte, que la inhibición no sólo puede ser planteada, como lo regulan los Artículos 36 al 38, por el funcionario que se considere incurso en alguna causal de inhibición, sino que también la inhibición puede ser decidida, de oficio, por el funcionario de mayor jerarquía en la entidad respectiva. En esta forma, el Artículo 39 de la Ley Orgánica prescribe que este funcionario que ocupe la mayor jerarquía en la entidad donde curse el asunto, puede ordenar, de oficio, o a instancia dé los interesados, que los funcionarios incursos en alguna causal de inhibición de las previstas en el Artículo 36, se abstengan de toda intervención en el procedimiento, designando en el mismo acto, al funcionario que deba continuar conociendo del expediente. Esta norma permite a cualquier interesado en el caso de que estime que hay alguna causal de inhibición en el funcionario público, de dirigirse directamente al jerarca del organismo para plantearle la causal de inhibición, con el objeto de que el funcionario superior tome la providencia necesaria.

Esta solicitud, en Venezuela, no es una recusación formal, sino es en realidad, una petición que formula el interesado respectivo ante el superior jerárquico, y que también éste

último puede plantear de oficio (art. 30, Ley de Venezuela; art. 30, Código de Colombia; art. 32, Reglamento de la Comunidad Andina; art. 19, Ley de Brasil; art. 89,2, Ley del Perú), para resolver si procede o no la inhibición. En Chile, la solicitud de inhibición se formula ante la misma autoridad (art. 12)

En Venezuela, como se dijo, siendo una petición formalmente regulada que se puede dirigir al superior jerárquico, el objetivo es que éste decidida si procede la inhibición del funcionario que lleva el procedimiento, acto que en sí mismo podría ser impugnado. La Ley de Honduras, sin embargo, excluye recurso alguno contra tal decisión (art. 18), al igual que la Ley del Perú (art. 93).

Si la inhibición procediere, el superior jerárquico debe entonces indicar cuál funcionario debe conocer el asunto (art. 6, Ley de Argentina; arts. 37 y 38, Ley de Venezuela; art. 236, Ley de Costa Rica).

Por otra parte, si el superior jerárquico decide que no procede la inhibición, entonces puede abrirse la vía contencioso administrativa y el interesado puede formular de nuevo su planteamiento en sede judicial como garantía del derecho a la defensa.

En definitiva, lo que se quiere resaltar es que la abstención, la inhibición, la excusa o la suspensión, según se denomina en los diversos ordenamientos jurídicos, es una obligación del funcionario pero, a su vez, la recusación es un derecho que se le da a los interesados en todas estas leyes, salvo en el caso de la Ley venezolana, para lograr la inhibición de los funcionarios que estén incursos en algunas de las causales señaladas, estableciendo un procedimiento sumario que ha de ser resuelto por el superior jerárquico.

Por otra parte, las leyes de procedimiento varían en cuanto a los efectos de la actuación del funcionario incurso en una causal de inhibición: la Ley General de Costa Rica establece el principio de la invalidez (art. 237.3.b); pero en cambio, la Ley 19880 de Chile dispone que "la actuación de autoridades y los funcionarios de la Administración en los que concurran motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido" (art. 12).

Por otra parte, en general, la no abstención en los casos en que proceda da lugar a responsabilidad del funcionario (art. 237.1 Ley de Costa Rica; art. 19, Ley de Brasil; art. 17, Ley de Honduras; art. 91, Ley del Perú; art. 12, Ley 19880 de Chile).

La consecuencia fundamental de la decisión de inhibición de un funcionario en la Ley venezolana, es que no puede continuar conociendo de un asunto o interviniendo en su tramitación. Sin embargo, cuando se produce la inhibición de un funcionario, sea porque lo plantea él mismo de acuerdo al Artículo 37 de la Ley, o porque lo decida el superior jerárquico, conforme a lo que prescribe el Artículo 40 de la Ley, el funcionario que se haya inhibido deberá prestar la cooperación que le sea requerida por el funcionario a quien se hubiere encomendado la resolución del asunto.

E. *La presunción de licitud o inocencia y el principio de la buena fe del interesado*

También vinculado al principio de la objetividad, está el de la presunción de licitud, particularmente importante en los procedimientos sancionatorios, como derecho fundamental de las personas.

La regulación de la presunción de licitud, como presunción de inocencia, se encuentra en la Ley de Uruguay cuando habla del procedimiento disciplinario de funcionarios como un procedimiento especial, así:

Artículo 170. El funcionario público sometido a un procedimiento disciplinario tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad; y se presumirá su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad por resolución firme dictada con la garantía del debido proceso. (Convención Americana de Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", art. 8 numerales 2 y 11).

En los procedimientos sancionatorios, la Ley peruana define la "presunción de licitud", estableciendo que las entidades "deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario" (art. 230,9).

Lo que interesa destacar en relación al principio de objetividad, es que el principio de la presunción de licitud debe ser un principio fundamental dentro de la actuación de la Administración, el cual no siempre se respeta, en el sentido de que exista presunción de que el derecho reclamado por el particular es justo. Frente a ello se desarrolla el llamado principio *favor pro accione* o posición favorable al accionante, el cual debería ser un principio fundamental en materia de procedimiento, sin embargo, no siempre lo es. Casi siempre lo que le toca a un administrado es enfrentarse a una Administración que, en principio, piensa que no tiene la razón y que considera que sería inadecuado darle la razón a quien la pide, situación que conduce a que casi siempre el funcionario busque rechazar las peticiones de los particulares.

En todo caso, este principio de la presunción de inocencia no se encuentra siempre regulado en el procedimiento administrativo en general, es decir, la presunción de que hay un buen derecho, y de que el particular está actuando de buena fe. Deben destacarse, en este sentido, sin embargo, los esfuerzos que las Constituciones y algunas leyes especiales vienen haciendo para erigir el principio de la buena fe del interesado como principio del procedimiento administrativo. Se destaca, así, el artículo 83 de la Constitución de Colombia, que postula que las actuaciones de las partes y de las autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de la buena fe; y la Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos de Venezuela, de 1999, que, al prescribir la necesidad de simplificar los trámites administrativos, señala que ello debe realizarse con base en los siguientes principios:

- La presunción de buena fe del ciudadano.
- La simplicidad, transparencia, celeridad y eficacia de la actividad de la Administración Pública.
- La actividad de la Administración Pública al servicio de los ciudadanos.
- La desconcentración en la toma de decisiones por parte de los órganos de dirección (art. 8).

En desarrollo del principio de la presunción de buena fe del ciudadano, esa Ley establece que los trámites administrativos deben mejorarse o rediseñarse para lograr el objetivo propuesto en la generalidad de los casos y no para cubrir las posibles excepciones al comportamiento normal del ciudadano. En consecuencia, en todas las actuaciones que se realicen ante la Administración Pública, se debe tener como cierta la declaración del administrado, salvo prueba en contrario (art. 9). Este es el principio de la presunción de veracidad que establece la Ley del Perú (art. IV, 1,7 y art. 42), y al cual antes nos hemos referido.

Por otra parte, en la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos de Venezuela también se exige a los órganos y entes de la Administración Pública, en sus respectivas áreas de competencia, que realicen un inventario de los documentos y requisitos cuya exigencia pueda suprimirse de conformidad con la presunción de buena fe, aceptando en sustitución de los mismos las declaraciones juradas hechas por el interesado o un representante con carta poder (art. 10).

Además y salvo los casos establecidos expresamente por Ley, el artículo 11 de la Ley dispone que no será indispensable la comparecencia personal del interesado para realizar tramitaciones ante la Administración Pública, debiéndose exigir la presentación de carta poder a la persona que actúe en su representación.

Adicionalmente, y para el control administrativo del respeto del principio de la presunción de buena fe, la misma Ley establece que los trámites administrativos deben estar acompañados de un idóneo mecanismo de control posterior, así como de sanciones aplicadas con rigor a quienes violen la confianza dispensada por la Administración Pública (art. 18).

El principio de la buena fe también se recoge en la Ley del Perú, al regular el "principio de la conducta procedimental" (art. IV, Título Preliminar), así:

> *1.8 Principio de conducta procedimental*. La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal.

5. *El principio del control procedimental posterior*

Así como la Administración, conforme al principio de oficialidad, tiene a su cargo la conducción del procedimiento en todas sus etapas, también tiene, al final, el privilegio del ejercicio del control sobre las actuaciones cumplidas tanto por los funcionarios como por los administrados. La Ley del Perú define este principio con precisión en el artículo IV, Título Preliminar, así:

> *1.16.* Principio de privilegio de controles posteriores. La tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior; reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz.

El mismo principio se regula en la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos de Venezuela, al establecer en sus artículos 19 y 20, las siguientes reglas:

> *Artículo 19*. A los efectos de este Decreto-Ley, el control posterior comprende el seguimiento y verificación que realiza la Administración Pública a las declaraciones formuladas por el interesado o su representante y está orientado a identificar y corregir posibles desviaciones, abusos o fraudes. Este control se debe ejecutar en forma permanente, sin que implique la paralización de la tramitación del expediente respectivo ni gasto alguno para el ciudadano.

Las autoridades encargadas de la prestación de los servicios serán responsables de asegurar las acciones de fiscalización posterior.

> *Artículo 20*. En el diseño del control posterior, se deberá hacer empleo racional de los recursos humanos, materiales y presupuestarios de los que actualmente disponga la Administración Publica. El Estado propenderá la dotación de la infraestructura y los medios necesarios para un efectivo control posterior.

V. EL PRINCIPIO DE CELERIDAD

Otro de los principios derivados del principio de oficialidad y que también se ha formulado en forma expresa en las leyes de procedimiento administrativo, es el principio de la

celeridad. En efecto, si el procedimiento es un asunto de la Administración, es decir, si la Administración es la responsable del procedimiento, el principio consecuencial establecido en garantía de los particulares es que debe ser desarrollado con la mayor rapidez y celeridad posible. Como lo establece la Ley peruana en el art. IV del Título Preliminar:

> *1.9 Principio de celeridad.* Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.

Este principio también encuentra una definición precisa en el Código colombiano y en el Reglamento de la Secretaría de la Comunidad Andina, que copia todas las definiciones que trae el artículo 3 del Código colombiano, así:

> *Artículo 3*. En virtud del principio de celeridad, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados.

El retardo injustificado es causal de sanción disciplinaria, que se puede imponer de oficio o por queja del interesado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al funcionario.

En otras legislaciones también se enuncia, como es el caso por ejemplo, de la Ley General de Costa Rica:

> *Artículo 225.1*. El órgano deberá conducir el procedimiento con la intención de lograr un máximo de celeridad y eficiencia, dentro del respeto al ordenamiento y a los derechos e intereses del administrado.
>
> 1. Serán responsables la Administración y el servidor por cualquier retardo grave e injustificado.
>
> *Artículo 269.1.* La actuación administrativa se realizará con arreglo a normas de economía, simplicidad, celeridad y eficiencia.
>
> 2. Las autoridades superiores de cada centro o dependencia velarán, respecto de sus subordinados, por el cabal cumplimiento de este precepto, que servirá también de criterio interpretativo en la aplicación de las normas de procedimiento.

Adicionalmente, el artículo 148 de la Ley del Perú establece con precisión, diversas reglas generales para asegurar la celeridad en el procedimiento (además de las relativas a la celeridad en la recepción de peticiones, art. 118), así:

> 1. En el impulso y tramitación de casos de una misma naturaleza, se sigue rigurosamente el orden de ingreso, y se resuelven conforme lo vaya permitiendo su estado, dando cuenta al superior de los motivos de demora en el cumplimiento de los plazos de ley, que no puedan ser removidos de oficio.
>
> 2. En una sola decisión se dispondrá el cumplimiento de todos los trámites necesarios que por su naturaleza corresponda, siempre y cuando no se encuentren entre sí sucesivamente subordinados en su cumplimiento, y se concentrarán en un mismo acto todas las diligencias y actuaciones de pruebas posibles, procurando que el desarrollo del procedimiento se realice en el menor número de actos procesales.

3. Al solicitar trámites a ser efectuados por otras autoridades o los administrados, debe consignarse con fecha cierta el término final para su cumplimiento, así como el apercibimiento, de estar previsto en la normativa.

4. En ningún caso podrá afectarse la tramitación de los expedientes o la atención del servicio por la ausencia, ocasional o no, de cualquier autoridad. Las autoridades que por razones de licencia, vacaciones u otros motivos temporales o permanentes se alejen de su centro de trabajo, entregarán a quien lo sustituya o al superior jerárquico, los documentos y expedientes a su cargo, con conocimiento de los administrados.

5. Cuando sea idéntica la motivación de varias resoluciones, se podrán usar medios de producción en serie, siempre que no lesione las garantías jurídicas de los administrados; sin embargo, se considerará cada uno como acto independiente.

6. La autoridad competente, para impulsar el procedimiento, puede encomendar a algún subordinado inmediato la realización de diligencias específicas de impulso, o solicitar la colaboración de otra autoridad para su realización. En los órganos colegiados, dicha acción debe recaer en uno de sus miembros.

7. En ningún caso la autoridad podrá alegar deficiencias del administrado no advertidas a la presentación de la solicitud, como fundamento para denegar su pretensión.

En sentido similar, la Ley 19880 de Chile dispone sobre el principio de celeridad, lo siguiente:

Artículo 7º. Principio de celeridad. El procedimiento, sometido al criterio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites.

Las autoridades y funcionarios de los órganos de la Administración del Estado deberán actuar por propia iniciativa en la iniciación del procedimiento de que se trate y en su prosecución, haciendo expeditos los trámites que debe cumplir el expediente y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar a su pronta y debida decisión.

En el despacho de los expedientes originados en una solicitud o en el ejercicio de un derecho se guardará el orden riguroso de ingreso en asuntos de similar naturaleza, salvo que por el titular de la unidad administrativa se dé orden motivada en contrario, de la que quede constancia.

1. *La actuación de oficio*

Ahora bien, el principio de celeridad conduce a la regulación en la Ley, de diversos supuestos en los cuales se permite a la Administración actuar de oficio, es decir, por su propia cuenta sin esperar que haya instancia de parte. En beneficio de la celeridad la Ley, entonces, consagra la posibilidad de que la Administración actúe por su propia cuenta, de oficio, estableciendo inclusive la responsabilidad de la Administración de sustanciar y dirigir el procedimiento. En esa forma no queda el procedimiento conducido por la sola instancia de parte del interesado, sino que la Administración, de oficio, tiene tanto el poder como la obligación de actuar.

En esta forma, perfectamente se pueden ubicar dentro de este principio de celeridad, todos aquellos casos en los cuales la Administración debe actuar de oficio. Por ejemplo, en la Ley venezolana está en supuesto relativo a la iniciación del procedimiento, conforme al Artículo 48 que establece el principio fundamental de que el procedimiento se inicia a solicitud de parte, en los casos en que esto sea procedente, o de oficio, con lo cual la Administración puede iniciar procedimientos, sobre todo en aquellos casos de corrección de actividades de parte de los particulares. Por tanto, no tiene la Administración que esperar una

denuncia de otro particular para actuar, sino que la Administración puede hacerlo de oficio, de acuerdo al Artículo 48 y allí se regula qué es lo que debe hacer la Administración en esos casos de iniciación de oficio.

Otra regulación de la actuación de oficio de la Administración, está en la sustanciación del procedimiento. La Administración tiene, de acuerdo a la Ley, el poder y la obligación para sustanciar el procedimiento de oficio. En efecto, la Administración, dice el Artículo 53, de oficio o a instancia del interesado debe cumplir, como obligación, todas las actuaciones necesarias para el mejor conocimiento del asunto que debe decidir siendo de su responsabilidad, de la Administración, impulsar el procedimiento en todos sus trámites. Por tanto, el impulso procesal no es sólo un asunto de los particulares que tengan interés y que intervienen en el asunto, sino que es la responsabilidad de la Administración el no dejar que el expediente se paralice, el cual debe impulsar a través de sus funcionarios, realizando todos los trámites que. sean necesarios.

En el mismo sentido, y también como manifestación del principio de la celeridad, está la previsión de que la Administración debe comprobar, de oficio, la verdad de los hechos y demás elementos de juicio necesarios para esclarecer el asunto que ha sido sometido a su consideración, tal como se regula en el Artículo 69 de la Ley. En este caso, se trata de una autorización legal a la Administración para probar, de oficio los asuntos. Pero no sólo es una autorización, como poder, sino también se trata de una obligación en los procedimientos sumarios. En efecto, planteado un asunto ante la Administración, por ejemplo, mediante una denuncia de un particular, la Administración debe iniciar, de inmediato, de oficio, la tramitación sustanciadora del procedimiento y realizar las pruebas necesarias para comprobar el hecho denunciado. Así, no tiene que esperar que quien denuncie un hecho, lo pruebe. Se insiste, la Administración está obligada a probar y a verificar esos hechos, para poder decidir. Aquí también encontramos un signo de esa celeridad en el sentido de que no sólo se espera a que la Administración reciba de los particulares los impulsos procesales, las pruebas y la sustanciación, sino que la Administración necesariamente debe hacerlo de oficio.

2. *El principio de la simplicidad*

La celeridad también implica el principio de la simplicidad, el cual a la Ley del Perú, lo define entre los principios del procedimiento administrativo (art. IV, Título Preliminar), así:

> *1.13 Principio de simplicidad.* Los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria; es decir, los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir.

Indica, además la Ley del Perú, que, en todo caso, los procedimientos administrativos se deben desarrollar "de oficio, de modo sencillo y eficaz, sin reconocer formas determinadas, fases procesales, momentos procedimentales rígidos para realizar determinadas actuaciones o responder a precedencia entre ellas", (art. 144).

La Ley venezolana sobre Simplificación de Trámites Administrativos, de 1999, por su parte, establece sobre este mismo principio, que:

> *Artículo 21*. El diseño de los trámites administrativos debe realizarse de manera que los mismos sean claros, sencillos ágiles, racionales, pertinentes, útiles y de fácil entendimiento para los particulares, a fin de mejorar las relaciones de éstos con la administración, haciendo eficaz y eficiente la actividad de la misma.

Además, la mencionada Ley, al desarrollar el principio de "la simplicidad, transparencia, celeridad y eficacia de la actividad de la Administración" señala que cuando un dere-

cho o una actividad hayan sido regulados de manera general, la Administración no puede exigir requisitos adicionales, no contemplados en dicha regulación (art. 22). Con carácter general, además se dispone que la Administración no puede exigir para trámite alguno, la presentación de copias certificadas actualizadas de partidas de nacimiento, matrimonio o defunción, así como de cualquier otro documento público, salvo los casos expresamente establecidos por Ley (art. 29). Adicionalmente, se dispone que los órganos y entes de la Administración Pública se deben abstener de exigir copias certificadas de la partida de nacimiento como requisito para el cumplimiento de una determinada tramitación, cuando sea presentada la cédula de identidad (art. 30).

Por otra parte, se dispone que no se exigirá la presentación de copias certificadas o fotocopias de documentos que la Administración tenga en su poder, o de los que tenga la posibilidad legal de acceder, en virtud del principio de colaboración que debe imperar entre los órganos de la Administración Pública, en sus relaciones interorgánicas y con las demás ramas del Poder Público (art. 23).

Además, en aras de la simplicidad, la Ley agrega a las siguientes políticas que deben desarrollar los entes públicos:

> *Artículo 25*. Mediante el establecimiento de reglas claras y sencillas de fácil cumplimiento para el ciudadano, que permitan la corresponsabilidad en el gasto público y eliminen la excesiva documentación, los órganos y entes sujetos a la aplicación de este Decreto-Ley, eliminarán las autorizaciones innecesarias, solicitudes excesivas de información de detalle y, en general, la exigencia de trámites que entorpezcan la actividad administrativa, salvo los casos expresamente establecidos en la Ley.

Por último, el artículo 26 de la Ley dispone en particular, que los órganos y entes de la Administración Pública deberán identificar y disponer la supresión de los requisitos y permisos no previstos en la Ley, que limiten o entraben el libre ejercicio de la actividad económica o la iniciativa privada.

3. *Los formularios y la tramitación en serie*

Pero además de manifestarse la celeridad en la actuación de oficio de la Administración, habría otra manifestación también de la celeridad administrativa en aquellos casos en que la Administración debe tomar decisiones en serie, es decir, cuando se trata de decisiones que son iguales, repetitivas y similares. En estos casos, la Ley establece la posibilidad de seguir procedimientos expeditos para tomar esas decisiones, precisamente, en aras de la celeridad.

Por ejemplo, el Artículo 35 de la Ley señala que los órganos administrativos pueden utilizar procedimientos expeditos en la tramitación de todos aquellos asuntos que así lo justifiquen, quedando así a juicio de la Administración el utilizar formas expeditas de decisión de aquellos asuntos que lo justifiquen.

Además, agrega la norma que cuando los motivos y los fundamentos de resoluciones sean idénticos, se podrán usar medios de producción en serie de las mismas, siempre que no se lesionen las garantías jurídicas de los administrados. Por tanto, por más que sea automática o sean procesados por medios automatizados los actos administrativos, como por ejemplo, cuando se expide un certificado de solvencia o la liquidación de un impuesto, ello no implica que el particular no tenga sus derechos a reclamar como si se tratara de un acto administrativo formalmente e individualmente elaborado.

Otra regulación de esta producción en serie de los actos administrativos, consecuencia de la celeridad, está vinculada a las inhibiciones. La Ley establece en efecto, en su Artículo 36 una serie de causales de inhibición de funcionarios. Por ejemplo, cuando el funcionario tenga interés directo en el asunto que tramite, o cuando haya amistad o enemistad entre el

funcionario y el solicitante o cuando haya habido una relación de servicio entre el funcionario y el interesado, la Ley prescribe que el funcionario que conoce de un asunto debe inhibirse en aras de la imparcialidad. Pero, por supuesto, no se plantea esto en aquellos casos en que haya producción en serie de documentos. De la obligación de inhibición que establece el Artículo 36 de la ley, se exceptúan así, en el parágrafo único de dicho Artículo, los funcionarios que tengan a su cargo la expedición de certificados adoptados en serie o conforme a modelos preestablecidos, de modo que resulte en extremo difícil advertir la existencia de causas de inhibición. En esos casos, precisamente en aras de la celeridad, para impedir las dilaciones, se prevé esta excepción a la obligación de inhibición que exige el Artículo 36 de la Ley.

En todo caso, la celeridad y simplificación administrativa han dado origen en casi todas las leyes de procedimiento administrativo a previsiones sobre racionalización y reforma administrativa en el funcionamiento de la Administración, tendientes a prever formularios que deban elaborarse para agilizar los procedimientos; regulaciones sobre decisiones que deben adoptarse en serie, por medios mecánicos sin requisitos manuales (el sello, por ejemplo) y que, incluso, puedan ser emitidas con firmas troqueladas impresas de manera de agilizar el procedimiento.

En el Decreto de Uruguay (arts. 39-48), por ejemplo, se detallan este tipo de normas sobre racionalización administrativa de los trámites, así (art. 39):

> *Artículo 39*. Los procedimientos de trabajo deberán ser diseñados y revisados con arreglo a las reglas de racionalización administrativa. En los procedimientos administrativos reiterativos se procurará el uso de formularios. Su diseño, así como el trámite al que pertenecen, deberán ser aprobados por el jerarca correspondiente para su puesta en práctica, previa determinación de la necesidad de su existencia, de la evaluación de la relación costo-beneficio, de la congruencia de los datos que el formulario contiene en relación al procedimiento al que sirve, de su vinculación con otros formularios en uso y de la evaluación del diseño, formato y calidad propuestos para su confección.

La Ley peruana, por su parte, señala que las entidades deben disponer el empleo de formularios de libre reproducción y distribución gratuita, mediante los cuales los administrados, o algún servidor a su pedido, completando datos o marcando alternativas planteadas proporcionan la información usual que estima suficiente, sin necesidad de otro documento de presentación (art. 154,1). Dichos formularios también son utilizados cuando las autoridades deben resolver una serie numerosa de expedientes homogéneos, así como para las actuaciones y resoluciones recurrentes, que sean autorizadas previamente (art. 154,2).

4. *Los plazos y términos*

A. *La obligatoriedad*

Otro aspecto que se regula detalladamente derivado del principio de la celeridad, es el relativo a los plazos y términos. En primer lugar, está su carácter obligatorio, por lo que todas las leyes traen el enunciado de que los plazos y términos son obligatorios tanto para la Administración como para los particulares.

La Ley de Venezuela, por ejemplo, dice:

> *Artículo 41*. Los términos o plazos establecidos en ésta y en otras leyes relativas a la materia objeto de la presente, obligan por igual, y sin necesidad de apremio, tanto a las autoridades y funcionarios competentes para el despacho de los asuntos, como a los particulares interesados en los mismos.

Con idéntico texto se regula el tema en la Ley de Uruguay (art. 110); y en el mismo sentido se regula en la Ley del Perú (art. 131), en la Ley Argentina (art 1,11), en la Ley 19880 de Chile (art. 23) y en la Ley de Honduras (art. 42), insistiéndose en el postulado de que los plazos "serán obligatorios para los interesados y para la Administración".

El incumplimiento de estos términos y plazos por parte de las autoridades y funcionarios competentes genera responsabilidad administrativa de los mismos (art. 116, Ley de Uruguay; art. 143, Ley del Perú).

B. *Los plazos para decidir*

La mayoría de las leyes establece, además, principios en relación a los plazos para decidir, lo que da origen a la figura del silencio administrativo.

Por ejemplo, en Venezuela, el principio es que si se trata de un procedimiento que no requiere sustanciación el plazo para decidir que tiene la Administración es de 20 días (art. 5); pero, si es un procedimiento que requiere de sustanciación el plazo para decidir es de hasta cuatro meses, prorrogables por dos meses más (arts. 60 y 61). En los otros ordenamientos los plazos varían: 2 meses, en el caso de Costa Rica (art. 261); 20 a 30 días, en el caso de Uruguay (arts. 106-109); en el caso colombiano de 10 a 15 días; en México 4 meses (art. 17); en Brasil 30 días (art. 49); en Perú 30 días (art. 142); y en Honduras 60 días (art. 84, b).

C. *La forma de cómputo de los plazos y las prórrogas*

Otras normas que también se encuentran en todas las leyes sobre procedimiento administrativo, son las que regulan la forma de cómputo de los plazos, particularmente en cuanto a los establecidos por días. En la Ley venezolana se establece expresamente el principio, que está en todas las demás leyes, de que los lapsos por días se computan por días hábiles administrativos (art. 42 Ley de Venezuela).

Así se establece también expresamente, en la Ley de Honduras (art. 46); en la Ley Argentina (art. 1 d) y e); en la Ley mexicana (arts. 28-32); en la Ley de Uruguay (arts. 112-114); en la Ley del Perú (art. 134,1); en la Ley de Costa Rica (arts. 256-258) y en la Ley de Brasil (art. 23). En Colombia también se establecen días hábiles, aun cuando ello no se regula en el Código expresamente.

La única de las leyes que no se refiere a días hábiles, curiosamente, es el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Comunidad Andina donde los días se entienden por días calendario, salvo que se los califique expresamente como hábiles (arts. 30 y 31), es decir, establece el principio contrario, quizás porque en las Administraciones nacionales, los "días hábiles" resultan de la exclusión en el cómputo de los días feriados, los días sábado o domingo y días de fiestas nacionales, o sea, días no laborables oficialmente.

Normalmente la Administración debe publicar anualmente una lista, en la cual se deben señalar cuáles son los días no laborables, los días de fiestas nacionales, sábados y domingos. Así lo señala, por ejemplo, el artículo 137 de la Ley del Perú. En Venezuela, incluso, se publica una Resolución del Ministerio del Interior al inicio de cada año donde se indica con antelación cuáles son los días feriados, los días de fiestas nacionales y si éstas caen en días de semana, cuales son los no laborables, todo, a los efectos del cómputo de los lapsos.

Los plazos, en general, pueden prorrogarse. En tal sentido, se destaca la regulación de la Ley de Honduras, de carácter general sobre la materia, que dispone:

> *Artículo 44*. La Administración, salvo precepto expreso en contrario, podrá conceder a petición de los interesados una prorroga de los plazos establecidos que no exceda de la mitad de los mismos, cuando concurran las circunstancias siguientes: que se pida

> antes de expirar el plazo; que se alegue justa causa; y, que no se perjudique a terceros. No se concederá más de una prórroga del plazo respectivo. Contra la providencia que concede o deniegue la prórroga no será admisible recurso alguno.

En la Ley de Brasil (art. 49) se exige que el acto que acuerde la prórroga siempre debe ser motivado. En la legislación del Perú, en cambio, se regula el principio contrario, de la improrrogabilidad de los plazos, cuando están "fijados por norma expresa" (art. 136,1).

Sin embargo, también se establece la posibilidad de que la autoridad competente pueda otorgar prórroga a los plazos establecidos para la actuación de pruebas o para la emisión de informes o dictámenes, cuando así lo soliciten antes de su vencimiento, los administrados o los funcionarios, respectivamente. Esta prórroga es concedida por una única vez mediante decisión expresa, siempre que el plazo no haya sido perjudicado por causa imputable a quien la solicita y siempre que aquella no afecte derechos de terceros (art. 136,2,3).

D. *El principio no suspensivo del procedimiento y sus excepciones*

Otra norma que se encuentra en casi todas las leyes de procedimientos administrativos, como principio general en relación con los plazos y términos, es la que establece que los plazos y, consecuentemente, el procedimiento, "no se suspenden" (art. 67 Ley de Brasil).

A este respecto dice la Ley mexicana:

> *Artículo 47*. Las cuestiones incidentales que se susciten durante el procedimiento no suspenderán la tramitación del mismo, incluyendo la recusación, en la inteligencia que de existir un procedimiento incidental de recusación, éste deberá resolverse antes de dictarse resolución definitiva o en la misma resolución.

Como principio, también se establece, por ejemplo, en la Ley de Venezuela (art. 56), que la omisión de informes administrativos a tiempo tampoco suspende la tramitación del procedimiento.

Debe destacarse, sin embargo, que excepcionalmente, en la Ley de Costa Rica se prevé la posibilidad para suspender los plazos de oficio o a petición de parte, cuando exista causa de fuerza mayor, (arts. 259 y 263).

E. *La abreviación de lapsos y la celeridad en caso de urgencia o necesidad*

Por otra parte, en cuanto al adelantamiento de los plazos, en la legislación del Perú se lo regula, así:

> *Artículo 141*. Adelantamiento de plazos. La autoridad a cargo de la instrucción del procedimiento mediante decisión irrecurrible puede reducir los plazos o anticipar los términos, dirigidos a la administración, atendiendo razones de oportunidad o conveniencia del caso.

Por su parte, en la Ley General de Costa Rica también se destaca una norma que permite abreviar los lapsos, por "razones de necesidad o conveniencia evidentes" y así poder tomarse, en caso de urgencia, decisiones finales sin que se cumpla todo el lapso establecido. Se trata de la única legislación que permite ambos aspectos: suspender y abreviar los lapsos.

El artículo 322 de la Ley de Costa Rica, en efecto, establece lo siguiente:

> 1. Si razones de necesidad o conveniencia evidentes exigen que el procedimiento sea decidido antes de estar listo para el acto final, el órgano director podrá adoptar una decisión provisional, de oficio o a instancia de parte, advirtiéndolo expresamente.

2. Dicha resolución podrá ser impugnada y ejecutada por sí misma, esto último previa garantía de daños y perjuicios si lo exigen la Administración o la contraparte.

3. La resolución provisional tendrá que ser sustituida por la final, sea ésta revocatoria o confirmatoria.

4. La resolución provisional no interrumpirá ni prorrogará los términos para dictar el acto final.

Además, la misma Ley General establece que en casos de urgencia y para evitar daños graves a las personas o daños irreparables a las cosas, puede prescindirse de una o de todas las formalidades del procedimiento e, incluso, crearse un procedimiento sustitutivo especial (art. 226).

5. *La no suspensión del procedimiento*

Otra manifestación del principio de la celeridad está en el carácter no suspensivo de los procedimientos administrativos. En primer lugar, en los casos de reclamo. En efecto, el Artículo 3 prevé responsabilidades y obligaciones de los funcionarios de tramitar con la diligencia debida los procedimientos, por lo que si hay retardo se permite reclamar ante el superior jerárquico contra el retardo. Asimismo, si hay omisión, distorsión o incumplimiento por parte del funcionario de cualquier trámite, se le da al particular interesado el derecho de reclamar formalmente, ante el superior. Pero en aras de la celeridad, la norma señala expresamente que la reclamación no acarrea paralización del procedimiento, ni debe obstaculizar la posibilidad de que sean subsanadas las fallas. Por tanto, si hay una distorsión a nivel inferior y se reclama ante el superior contra ese incumplimiento, ello no paraliza el procedimiento. El funcionario reclamado tiene la obligación de seguir la tramitación del procedimiento, y tiene también, la posibilidad de subsanar las fallas.

La celeridad también se manifiesta en el hecho de que la no recepción de dictámenes o informes administrativos, conforme al Articulo 56, no implica suspensión del procedimiento; en el carácter no suspensivo de la ejecución de los actos administrativos, por el hecho de que se interpongan recursos administrativos contra los mismos, conforme a lo previsto en el Artículo 27 de la Ley; así como en la necesidad de ejecución inmediata de los actos administrativos no sometidos a término suspensivo, conforme a lo prescrito en el Articulo 8 del texto.

6. *El principio conclusivo y la globalidad de la decisión*

La Administración Pública, ante todo, está obligada a decidir los procedimientos, es decir, como lo indica la Ley 19880 de Chile, conforme al "principio de inexcusabilidad", la Administración la Administración esta obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla, cualquiera que sea su forma de iniciación (Art. 14).

En consecuencia, en materia de procedimientos administrativos, derivado del principio de inexcusabilidad, está el "principio conclusivo", según el cual "todo procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad" (Art. 8, Ley 19880 Chile).

El procedimiento administrativo, en consecuencia, debe concluir con una decisión, que debe además ser una sola y no varias. De ahí la obligación que tiene la Administración de decidir al término del procedimiento, todas las cuestiones planteadas tanto por las partes como de oficio.

Este principio también está vinculado a la celeridad y está expresamente establecido, por ejemplo, en la Ley venezolana, que señala:

Artículo 62. El acto administrativo que decida el asunto resolverá todas las cuestiones que hubieren sido planteadas, tanto inicialmente como durante la tramitación.

En sentido similar se establece en la Ley de Honduras (art. 83). En México el acto debe también decidir expresamente "todos los puntos propuestos por las partes o establecidos por la ley" (art. 3, XVI), y lo mismo establece el artículo 41 de la Ley 19880 de Chile. La Ley de Costa Rica contempla igualmente, que en el acto que pone fin al procedimiento deben resolverse "todas las cuestiones surgidas durante el curso del procedimiento" (art. 227,1). En el caso del Código colombiano, se prevé asimismo que deben resolverse "todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite" (artículo 35).

En consecuencia, puede haber planteamientos que pueden formularse desde el inicio del trámite (petición) y, además, puede haber planteamientos que surjan durante el trámite, formulados tanto de oficio como a petición de parte, lo que implica que puede haber nuevos elementos que surjan durante el procedimiento, dado los principios de flexibilidad y antiformalismo. En estos casos, la decisión debe abarcar todos esos planteamientos.

Sin embargo, debe señalarse que, como consecuencia del principio del debido proceso, todos los asuntos antes referidos, que no hubieren sido formulados o propuestos por los interesados, para que puedan ser considerados en la decisión final, deben haberles sido notificados y debe habérseles asegurado audiencia previa. Así lo establece expresamente la Ley argentina (art. 7,c) para garantizar el derecho a la defensa y el derecho a que se oiga al particular sobre esos asuntos. Por ello, la legislación argentina consagra, como derecho de los administrados, el derecho "a una decisión fundada", como parte del derecho al "debido proceso adjetivo" (art. 1,f,3), garantizándoseles que si surge un nuevo asunto que plantea la Administración y que va a ser objeto de resolución, debe dárseles la oportunidad a los interesados de oponerse o contradecir dicho planteamiento.

Un aspecto que debe señalarse, y que solo está regulado en la Ley de Honduras (art. 75), es la necesidad de que, concluido el procedimiento, antes de que se adopte formalmente la decisión, debe entregársele al particular el proyecto de decisión en una audiencia final, para garantizar el derecho a la participación, y el derecho a la defensa. Lamentablemente esto no está regulado, en general, en América Latina, y normalmente el proyecto de decisión permanece bien guardado y secreto antes de que se publique, de manera que siempre es una sorpresa para el interesado.

Por tanto, la audiencia del interesado que, en algunos países, es al inicio del procedimiento, debería ocurrir al final del mismo, de manera que se pueda, en ella, discutir sobre todo lo que ya está en el expediente o sobre lo que esté como proyecto de decisión, antes de que la Administración la adopte finalmente.

Por último, en cuanto al contenido de la resolución final, debe destacarse el artículo 41 de la ley 19880 de Chile, en el cual se dispone que:

Artículo 41. Contenido de la resolución final. La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá las cuestiones planteadas por los interesados.

Cuando en la elaboración de la resolución final se adviertan cuestiones conexas, ellas serán puestas en conocimiento de los interesados, quienes dispondrán de un plazo de quince días para formular las alegaciones que estimen pertinentes y aportar, en su caso, medios de prueba. Transcurrido ese plazo el órgano competente decidirá sobre ellas en la resolución final.

En los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución deberá ajustarse a las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si fuere procedente.

Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada. Expresarán, además, los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

En ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso, aunque podrá resolver la inadmisibilidad de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento.

La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma.

VI. EL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA, LA BUENA FE Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

Otro principio del debido procedimiento, que comienza a tomar fuerza, sobre todo en la doctrina alemana y que deriva también de las normas de la Unión Europea, es el que se resume con la expresión de "principio de la confianza legítima", que debe existir como base de la relación jurídica entre la Administración y los particulares, particularmente cuando las actuaciones reiteradas de los funcionarios y de los órganos de la Administración Pública, hacen nacer expectativas jurídicas legítimas en cabeza de los particulares que la propia Administración debe respetar y que han de ser apreciadas por el juez.

Sobre este principio, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia Nº 98 de 1 de agosto de 2001 (*Caso*: Asociación Civil "Club Campestre Paracotos"), argumentó lo siguiente:

En ese orden de razonamiento, observa esta Sala que, en un caso que presenta peculiares caracteres -se reitera-, dicha información, emanada de funcionarios del órgano electoral, designados para organizar un proceso sin mayores pormenores y ante la inexistencia de un marco jurídico regulador -al margen de su discutible legalidad y conveniencia de aplicación al caso concreto- sin duda que resulta idónea para generar una expectativa procesal plausible en los potenciales recurrentes, en el sentido de llevarlos a la convicción de que lo procedente era agotar la vía administrativa mediante la interposición del correspondiente recurso jerárquico, antes que optar por el acceso inmediato a la sede jurisdiccional.

La anterior situación se enmarca -en criterio de esta Sala- en una problemática escasamente tratada en el Derecho Venezolano, cual es la relativa a la existencia del llamado "Principio de Confianza Legítima" en el Derecho Público. En ese sentido, considera este órgano judicial pertinente esbozar algunas consideraciones -sin pretensiones de exhaustividad- sobre dicho principio, las cuales servirán de marco orientador al pronunciamiento a dictarse sobre el punto objeto de dilucidación en este epígrafe. En ese sentido, lo primero que cabe señalar es que la autonomía y relación de dicho principio con respecto a otros con un mayor recorrido es objeto de prolija discusión en la doctrina y jurisprudencia europea, sobre todo en el marco del Derecho Comunitario Europeo.

En efecto, para alguna corriente doctrinaria resulta que el aludido principio ostenta un carácter autónomo, para otra se limita a ser una variante del principio de la buena fe que en general debe inspirar las relaciones jurídicas, incluidas aquellas en las que intervengan una o varias autoridades públicas. De igual manera, se alega como su fundamento el brocardo "*nemo auditur sua turpitudinem alegans*" o de que nadie puede alegar su propia torpeza (empleado por alguna sentencia española, como señala González Pérez, Jesús, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, 3° Edición, p. 128, Editorial Civitas, Madrid, 1999), o bien el aforismo "*venire contra factum proprium non valet"* (prohibición de ir contra los actos propios), así como también se invoca en su apoyo el principio de seguridad jurídica.

En cuanto a la orientación de dicho principio, señala la jurisprudencia española, que el mismo se fundamenta en la confianza que en el ciudadano produce la actuación de la Administración, actuación que debe estar supeditada por el ordenamiento jurídico -y cabe agregar orientada por la protección del interés general-, al punto que llega a puntualizar que "*...dicha "confianza" se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes, para que induzcan racionalmente a aquél, a confiar en la "apariencia de legalidad" de una actuación administrativa concreta, moviendo su voluntad a realizar determinados actos e inversiones de medios personales o económicos, que después no concuerdan con las verdaderas consecuencias de los actos que realmente y en definitiva son producidos con posterioridad por la Administración, máxime cuando dicha "apariencia de legalidad", que indujo a confusión al interesado, originó en la práctica para éste unos daños o perjuicios que no tiene por qué soportar jurídicamente...*" (Sentencia del Tribunal Supremo Español del 8 de junio de 1989, parcialmente transcrita en la obra citada, pp. 57-58).

Esa "apariencia de legalidad" determina entonces que el particular afectado por una actuación administrativa, confiará entonces en que los efectos que ella produce son válidos y legales, y, en caso de apegarse a los mandatos que le dicte la misma, debe presumirse entonces que con la adopción de esa conducta -supuestamente apegada a la legalidad- el ciudadano obtendrá los beneficios prometidos por la Administración, o evitará los perjuicios advertidos por ella en caso de incumplimiento del mandato. Por ello, si bien en criterio de esta Sala, ante un conflicto que se plantee entre las exigencias de legalidad de un acto o actuación, y la seguridad jurídica que resulte afectada en caso de la anulación de éstos, debe el órgano judicial ponderar los intereses en conflicto en cada caso concreto y la incidencia en el interés general que tendrán los resultados de adoptar determinada solución, ello no le impide compartir -en términos generales- la solución propuesta por la doctrina española, en el sentido de que no basta la simple inobservancia de la legalidad de un acto, para determinar su nulidad (*Cfr*. Castillo Blanco, Federico A.: *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo,* p. 308, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998). De allí, entre otros, la distinción teórica entre las nulidades relativas y absolutas, así como la atribución al Juez contencioso administrativo (y contencioso electoral) de amplias potestades para determinar los efectos en el tiempo de sus fallos, convenientemente positivizada en nuestro ordenamiento jurídico (artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia).

En lo concerniente al ámbito de aplicación del principio de confianza legítima en el Derecho Administrativo, el mismo no se limita a los actos formales, sino que abarca una amplia gama de conductas del actuar administrativo, tales como: Compromisos formales de carácter contractual o unilateral; promesas, doctrina administrativa; informaciones e interpretaciones; conductas de hecho que hacen esperar de la Administración una acción en un caso determinado; los usos, costumbres o reglas no escritas -resaltado de la Sala. (C*fr*. Rondón De Sansó, Hildegard: "El principio de confianza legítima en el derecho venezolano", en *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randoplh Brewer Carías", La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo,* Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1998. (resaltado de la Sala)

Este principio, en todo caso tiene varias implicaciones: la decisión debe ser adoptada conforme a la verdad material que tiene que buscar la Administración y el respeto al principio de la buena fe y de la lealtad mutua, es decir, del respeto mutuo entre la Administración, el funcionario y el particular. También aquí surge el principio de la seguridad jurídica en sus variadas manifestaciones y el principio de la irrevocabilidad de los actos administrativos que, una vez dictados, también por cuestiones de seguridad jurídica, deben mantenerse, salvo los casos de nulidad absoluta.

1. *La decisión conforme a la verdad material*

El primer principio que deriva de la confianza legítima es el principio de la verdad real o verdad material de los hechos como objetivo del procedimiento, a cuya consecución está obligada la Administración para tomar la decisión. Por eso, la Administración tiene siempre la carga de la prueba, lo cual está expresamente establecido en las leyes de Costa Rica (art. 297), Uruguay (art. 4), Perú (art. 162,1) y Venezuela (art. 69). La Ley de Uruguay, por ejemplo, dice:

> *Artículo 4º*. La Administración está obligada a ajustarse a la verdad material de los hechos, sin que la obliguen los acuerdos entre los interesados acerca de tales hechos ni la exima de investigarlos, conocerlos y ajustarse a ellos, la circunstancia de no haber sido alegados o probados por las partes.

En el caso de la Ley peruana, como se ha dicho, el principio se erige como un principio del procedimiento administrativo, en el artículo IV, Título Preliminar:

> *1.11 Principio de verdad material*. En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.

2. *El principio de la buena fe, de lealtad y del respeto mutuo*

Entre las nuevas tendencias del derecho administrativo, que sólo encuentran regulaciones aisladas en las leyes, está el ya mencionado principio de la buena fe, el cual se encuentra también previsto en la Ley de Uruguay, así:

> *Artículo 6º*. Las partes, sus representantes y abogados patrocinantes, los funcionarios públicos y, en general, todos los partícipes del procedimiento ajustarán su conducta al respeto mutuo y a la lealtad y buena fe.

El principio, ya analizado, está detalladamente regulado en la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos de Venezuela de 1999 (arts. 9 a 20), que regula la "presunción de buena fe" de manera que la Administración, en todas sus actuaciones, "debe tener como cierta la declaración del administrado" (art. 9). Este principio lo recoge expresamente, también, la Ley del Perú, (art. IV, 1.7; art. 42).

Estas normas, sin embargo, son excepcionales en el derecho positivo.

En todo caso, el principio de la buena fe debe regir tanto para el particular como para la Administración, (art. IV, 1.8 de la Ley del Perú) de manera que entre los deberes del interesado, conforme a la Ley de Brasil, esta "el proceder con lealtad, urbanidad y buena fe", no actuar de modo temerario y "exponer los hechos conforme a la verdad" (art. 4).

La lealtad, exige, por tanto, el hecho de no ocultar, ni de una parte ni de otra, hechos o documentos que interesen al procedimiento. Este respeto mutuo responde a ese principio que comienza a construirse como el de la "confianza legítima".

De lo anterior derivan también el principio de que las faltas y errores del funcionario y de la Administración en el curso del procedimiento administrativo, no pueden imputarse al interesado.

3. *El principio de la seguridad jurídica*

También tienen relación con el principio de la confianza legítima, otra serie de principios vinculados a la seguridad jurídica en las relaciones entre la Administración y los particulares, entre ellos, el principio de la predictibilidad, la proscripción de la *reformatio in pejus*, el principio *non bis in idem*, la presunción de inocencia, y el principio de la irretroactividad.

A. *El principio de la predictibilidad*

El procedimiento administrativo debe desarrollarse conforme a reglas preestablecidas y conocidas por los administrados, de manera que no haya sorpresas en cuanto a la conducta de la Administración. Todas las fases del procedimiento deben, por tanto, ser predecibles; de allí el principio de la predictibilidad, definido por la ley peruana en el artículo IV del Título Preliminar, así:

> *1.15 Principio de predictibilidad*. La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá.

B. *La proscripción de la reformatio in pejus*

Por otra parte, el carácter inquisitivo y contradictorio del procedimiento administrativo y, por tanto, la obligación que tiene la Administración de decidir todas las cuestiones que surjan en el mismo, sea de oficio o formuladas por quienes intervengan en él y no sólo lo formulado en un recurso, plantea el problema de determinar si la *reformatio in pejus* es o no admisible en la decisión de los recursos administrativos. El problema no se plantea, realmente, sino en el procedimiento de revisión de los actos administrativos, y no en los procedimientos constitutivos. Por ello, en la legislación peruana se especifica expresamente, que, en los procedimientos administrativos iniciados a petición de parte interesada, la resolución debe ser congruente con las peticiones formuladas por éste, "sin que en ningún caso pueda agravar su situacional inicial" (art. 187,2).

En efecto, en el campo procesal judicial puede decirse que rige el principio de la prohibición de la *reformatio in pejus*, lo que significa que el Tribunal *ad quem*, al decidir, no puede modificar el fallo del inferior en perjuicio del propio apelante si la contraparte a su vez no apeló la sentencia del *a quo*. Ese principio, por supuesto, es una consecuencia del carácter dispositivo del proceso civil, que no se da en los mismos términos en el procedimiento administrativo, dado su carácter inquisitivo.

Por tanto, en general se puede señalar, ante todo, que la prohibición de la *reformatio in pejus* no se plantea como principio, en los casos en los cuales el recurso administrativo se funda en motivos de legalidad o en los casos en los cuales, con motivo del ejercicio de un recurso por razones de mérito, surgen, de oficio, cuestiones de ilegalidad. La Ley General de Costa Rica, por ello, prescribe que "el recurso podrá ser resuelto aún en perjuicio del recurrente cuanto se trate de nulidad absoluta" (art. 351,2).

En realidad, sea cual sea la naturaleza del vicio, la competencia de la autoridad revisora del acto administrativo, cuando están en juego cuestiones de ilegalidad, es de ejercicio obligatorio, de manera que incluso puede revocar el acto administrativo basándose en otras razones de ilegalidad distintas a las alegadas por el interesado.

En el mismo sentido, la decisión basada en cuestiones de legalidad puede, incluso, conducir a la Administración a modificar el acto recurrido para adaptarlo a la legalidad. En tal modificación, la situación del recurrente podría resultar agravada si, por ejemplo, la

Administración encuentra que la multa impuesta debió ser superior a la establecida en el acto recurrido, dadas las circunstancias agravantes precisadas con motivo del recurso. En sentido contrario a la *reformatio in pejus*, sin embargo, se pronunció la Corte Suprema de Justicia de Venezuela en una sentencia en materia hacendaria de 17 de abril de 1980[12].

Sin embargo, en los casos en los cuales surjan nuevos elementos de ilegalidad distintos a los alegados por las partes, el principio del respeto al derecho a la defensa exige que el funcionario notifique a los interesados de tal circunstancia, para que expongan sus alegatos con anterioridad a la adopción de la decisión, tal como lo garantizaba la Ley española de Procedimiento Administrativo (art. 119). En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Venezuela), sin embargo, en virtud de no estar prevista expresamente esta audiencia previa al interesado como lo consagraba la Ley española, se ha considerado que la autoridad administrativa no está obligada a notificar a los interesados, lo que encontramos altamente inconveniente[13].

Cuando las cuestiones debatidas en el recurso administrativo sean cuestiones de mérito o conveniencia, el tema de la *reformatio in pejus* se plantea con más interés. En general se estima que en esos supuestos, la revocación del acto administrativo sólo puede ocurrir con el acuerdo del recurrente, y su modificación no puede hacerse sino a favor del mismo. Sin embargo, en presencia de normas legales como las de la Ley Orgánica de Venezuela, conforme a la cual, el órgano administrativo "debe resolver todos los asuntos que se sometan a su consideración dentro del ámbito de su competencia o que surjan con motivo del recurso, aunque no hayan sido alegadas por los interesados" (art. 89), es decir, que surjan de oficio; podría admitirse la *reformatio in pejus*, siempre que se respete el derecho a la defensa y se notifiquen al interesado, previamente a la decisión, las nuevas cuestiones surgidas para que formule sus alegatos.

Sin embargo, derivado del principio de la confianza legítima, en la doctrina europea comienza a imponerse el criterio de que, por ejemplo, si la Administración impuso una sanción, con motivo del ejercicio de un recurso no es correcto que pueda agravarse la situación del particular. Por ello, la previsión de la Ley General de Costa Rica que reduce la *reformatio in pejus* a los casos de nulidad absoluta (art. 351), lo que está en la lógica de tal nulidad, ya que si el acto es absolutamente nulo hay que eliminarlo del ámbito jurídico, aún cuando esto agrave la situación del particular.

C. *El principio non bis in idem*

Como parte de los principios del debido procedimiento, de la seguridad jurídica y de la confianza legítima, en el procedimiento administrativo rige también el principio del *non bis in idem* que, a la vez, es un principio de rango constitucional.

La Constitución de Venezuela de 1999 establece, por ejemplo, dentro de las garantías del debido proceso, que "ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente" (art. 49, ord. 7).

El principio, entonces, de aplicación también en las actuaciones administrativas, impide la aplicación de dos sanciones que afecten la situación del particular con base en los mismos hechos. En tal sentido, la Ley del Perú, al enumerar los principios de la potestad

---

12 *Revista de Derecho Público*, Nº 2, Caracas, 1980, p. 113.

13 *Vid.* sentencia de la Sala Política-Administrativa de 9 de febrero de 1989, *Revista de Derecho Público*, núm. 37, Caracas, 1989, p. 83. *Vid.* además, de la misma Corte, sentencia de 16 de octubre de 1986, *Revista de Derecho Público*, N° 28, Caracas, 1986, p. 97; y de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 18 de abril de 1985, *Revista de Derecho Público*, N° 22, Caracas, 1985, p. 164).

sancionadora, identifica el *non bis in idem*, indicando que “no se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los caos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento” (art. 230,10).

D. *La presunción de licitud o de inocencia*

La confianza legítima y la buena fe, por otra parte, como ya se ha señalado, exigen en materia administrativa el respeto al principio de la presunción de licitud o de inocencia; o como lo dice la Constitución de Venezuela de 1999, que “toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario” (art. 49,7).

Lamentablemente, sin embargo, no es infrecuente en la práctica administrativa en nuestros países, encontrar la actitud del funcionario enmarcada en el principio contrario: la presunción de que el ciudadano está en situación de ilicitud, de que actúa de mala fe, en perjuicio de la Administración y de los intereses generales.

E. *El principio de la irretroactividad*

Otro principio derivado de la seguridad jurídica es el principio de la irretroactividad de los actos administrativos. Como se ha señalado, el comienzo de los efectos de los actos administrativos se sitúa en el momento en el que se hacen del conocimiento de los interesados, sea mediante su publicación o mediante su notificación. La consecuencia de ello es que de acuerdo al principio y garantía constitucional de la irretroactividad de la ley, extensible a todas las actividades públicas, no es posible admitir la retroactividad de los efectos de los actos administrativos. Es decir, el principio general en esta materia es que los actos administrativos solo pueden producir efectos hacia el futuro, siendo inconstitucional e ilegal la aplicación de un acto administrativo hacia el pasado; principio que no sólo se aplica a los actos reglamentarios sino también a los actos de efectos particulares.

En América Latina, el principio de la irretroactividad de los actos administrativos, aparte de tener fundamento constitucional y haber sido aplicado por la jurisprudencia como principio general[14], también está establecido respecto de los actos administrativos en las leyes de procedimiento administrativo, aplicándose tanto a los de carácter reglamentario como a los efectos particulares.

Así se establece, por ejemplo, en la Ley General de Costa Rica, al prescribir que “el acto administrativo producirá efectos en contra del administrado únicamente para el futuro” (142,1).

Indirectamente, además, el principio se establece en la Ley venezolana al regularse la posibilidad, para la Administración, de poder modificar los criterios establecidos por sus órganos, pero agregando que “la nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores salvo que fueren más favorables a los administrados” (art. 11); principio que ha sido aplicado por la jurisprudencia de la Corte Primero de lo Contencioso Administrativo (sentencia de 19 de marzo de 1987, *Revista de Derecho Público*, N° 30, Caracas, 1987, pp. 111-112). En igual sentido se ha regulado en la Ley del Perú (art. VI, Título Preliminar).

Ahora bien, en la legislación latinoamericana, el principio de la no retroactividad de los actos administrativos tiene diversas excepciones.

En *primer lugar,* en general se admite la retroactividad de los actos administrativos cuando produzcan efectos favorables a los interesados. Como lo dice la Ley argentina:

14 *Vid*. por ejemplo, la jurisprudencia venezolana en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 11 de agosto de 1983, *Revista de Derecho Público*, N° 16, Caracas, 1983, pp. 156-157, y de 9 de abril de 1987, *Revista de Derecho Público*, N° 30, Caracas, 1987, pp. 110-111.

> *Artículo 13*. El acto administrativo podrá tener efectos retroactivos -siempre que no se lesionen derechos adquiridos- cuando se dictare en sustitución de otro revocado o cuando favoreciere al administrado.

Sin embargo, en estos casos es indispensable que los supuestos de los motivos del acto hubieran tenido existencia a la fecha a la cual se retrotraiga la eficacia del acto y que éste no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas (art. 142,2 de la Ley General de Costa Rica; art. 17,1, Ley del Perú).

En *segundo lugar*, también se establece en la citada Ley argentina (art. 13), que los actos administrativos tendrán efectos retroactivos siempre que no lesionen derechos adquiridos, cuando se dicten en sustitución de otro acto anulado, sea por la Administración o por decisión judicial. Como lo establece también la Ley General de Costa Rica:

> El acto administrativo tendrá efectos retroactivos en contra del administrado cuando se dicte para anular actos absolutamente nulos que favorezcan a éste; o para consolidar, haciéndolos válidos y eficaces, actos que lo desfavorezcan (art. 143).

F. *El valor de los precedentes y los cambios de criterios administrativos*

Por razones de seguridad jurídica, la Administración debe ser coherente en sus decisiones, por lo cual, en general, debe respetar los criterios establecidos en decisiones precedentes. Incluso, el artículo VI,1 de la Ley del Perú le da valor de precedente a los actos administrativos, en la siguiente forma:

> 1. Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma.

Pero hemos señalado, además, que la Administración puede cambiar de criterios en sus decisiones, para lo cual, conforme a las Ley General de Costa Rica (art. 136), los actos administrativos mediante los cuales la autoridad se separe de un criterio seguido en actuaciones precedentes, debe ser necesariamente motivado. De esta norma deriva, por tanto, indirectamente, que la Administración puede cambiar de criterio en la decisión de determinados asuntos, no estando sujeta por los precedentes en forma indefinida.

El mismo principio lo recoge la Ley del Perú (art. VI, Título Preliminar, 2) y la Ley venezolana agregando, como antes se dijo, que “la nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores” (art. 11), con lo cual se refuerza el principio de la irretroactividad, como garantía del administrado frente a la Administración, de manera que los cambios de criterio que pueda adoptar no pueden estar destinados sólo para el tratamiento de un caso específico. De lo contrario, ello implicaría una aplicación retroactiva de la nueva interpretación, y la única forma de aceptarla retroactivamente sería cuando el nuevo criterio sea más favorable para el administrado (art. VI, Título Preliminar, 2, Ley del Perú).

La norma venezolana dice así:

> *Artículo 11*. Los criterios establecidos por los distintos órganos de la Administración Pública podrán ser modificados, pero la nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados. En todo caso, la modificación de los criterios no dará derecho a la revisión de los actos definitivamente firmes.

§ 24. La participación de los administrados en el procedimiento administrativo y sus derechos y deberes

I. EL PRINCIPIO DE LA PARTICIPACIÓN

1. *La participación ciudadana*

El procedimiento administrativo, como instrumento para el afianzamiento del principio de la legalidad, en general ha sido regulado teniendo en cuenta, básicamente, la debida protección de los administrados, en el sentido de que si bien las leyes han prescrito normas y fases procedimentales que deben guiar la actuación de la Administración, ello se ha hecho con miras a establecer garantías jurídicas de los administrados frente a la Administración.

Por ello, incluso, la Ley del Perú identifica como uno de los principios del procedimiento administrativo en el artículo IV del Título Preliminar, al "principio de la participación" el cual se describe así:

> *1.12 Principio de participación*. Las entidades deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren, sin expresión de causa, salvo aquellas que afectan la intimidad personal, las vinculadas a la seguridad nacional o las que expresamente sean excluidas por ley; y extender las posibilidades de participación de los administrados y de sus representantes, en aquellas decisiones públicas que les puedan afectar, mediante cualquier sistema que permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión.

De acuerdo con lo dispuesto en la Constitución en Venezuela, conforme al artículo 135 de la LOAP, los órganos y entes de la Administración Pública deben promover la participación ciudadana en la gestión pública. A tales fines, las personas pueden, directamente o a través de las comunidades organizadas o las organizaciones públicas no estatales legalmente constituidas, presentar propuestas y formular opiniones sobre la gestión de los órganos y entes de la Administración Pública.

A los efectos de su participación en la consulta sobre políticas y normas para la regulación del sector respectivo, cada órgano o ente público debe llevar un registro de las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales cuyo objeto se refiera al sector y que soliciten libremente su inscripción (art. 135).

Estas regulaciones destinadas a asegurar la participación de los administrados, en todo caso, inciden no sólo en el comienzo del procedimiento con motivo del derecho de petición, sino en su instrucción y sustanciación, y en la decisión del mismo. Además, independientemente del derecho de petición, se regula la participación procedimental en general, como se analiza de seguidas

2. *La participación procedimental*

En el procedimiento administrativo, en efecto, también puede identificarse el principio de la participación procedimental, que no se refiere al derecho del administrado a peticionar o el de un tercero interesado en participar en el procedimiento y a que se le notifique, sino referido en general al derecho ciudadano a la participación en las tareas administrativas, como característica de los Estados democráticos contemporáneos.

A. *El derecho de participar en la elaboración de actos de efectos generales: reglamentos*

El derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos se ha regulado, incluso, en las Constituciones (art. 62 de la Constitución de Venezuela), por lo que en las leyes de procedimiento administrativo de América Latina también se encuentran reguladas diversas manifestaciones formales de este derecho.

Quizás las más destacadas regulaciones en la materia se refieren a la elaboración de los textos de carácter general, lo que tiene su antecedente comparativo en el derecho anglosajón. En efecto, desde hace décadas una de las características de la Administración en esos países, que se erige como uno de los pilares fundamentales del procedimiento administrativo en materia de actos de efectos generales, es el derecho de la comunidad y de todas sus organizaciones, de participar en la elaboración de los actos de carácter general. A veces, incluso, por el exceso de participación la Administración no decide rápidamente, pues el empeño importante y democrático de oír a todos los interesados hace que las decisiones, normalmente, no se adopten sino después de mucho tiempo.

En todo caso, este principio de la participación de los administrados en la formulación o elaboración de los actos de carácter general comienza a encontrar cabida y regulación expresa en leyes de procedimiento administrativo de América Latina. Por ejemplo, está expresamente regulado en la Ley de Costa Rica que exige que se conceda “a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo afectados por la disposición, la oportunidad de exponer su parecer...” (art. 361), y en el Decreto 266 de 2000 de Colombia que establece la obligación de publicar los proyectos de actos administrativos normativos en los diarios oficiales e, incluso, a nivel local, de notificar mediante bandos a la población, dando un plazo no menor de una semana para la recepción de observaciones, sugerencias o propuestas (arts. 31 y ss.). Sólo después de vencido el lapso es que se puede expedir el acto, debiendo motivarse la aceptación o rechazo de los planteamientos formulados.

La Ley peruana también regula los casos de información pública para la adopción de normas administrativas, estableciendo el artículo 185.2 que el período de información pública corresponde ser convocado particularmente antes de que se aprueben normas administrativas que afecten derechos e intereses ciudadanos.

La Ley mexicana, por otra parte, también regula este derecho de participación y obligación de la Administración de someter al conocimiento de los interesados los actos administrativos de carácter general. Incluso, la necesidad de la publicación de los proyectos es la forma más efectiva de garantizar este derecho. Esto se ha consagrado desde hace años en España, de manera que es lo normal que no sólo los proyectos de reglamentos y de actos de efectos generales se publiquen en el Boletín Oficial del Estado, sino también los proyectos de leyes.

En particular, como se dijo, la Ley Federal mexicana establece, en su artículo 4, lo siguiente:

> Cuando así lo establezcan las leyes, los proyectos de reglamentos, decretos, acuerdos y demás actos administrativos de carácter general, cuando afecten el interés público deberán ser publicados previamente en el *Diario Oficial de la Federación*, para dar oportunidad *a los interesados de formular observaciones sobre las medidas propuestas, dentro del plazo que las leyes* señalen para tales efectos y, en su defecto, dentro del plazo de sesenta días siguientes a la publicación.

Los instructivos, manuales y formatos que expidan las dependencias de la Administración Pública Federal deberán publicarse previamente a su aplicación, en el *Diario Oficial de la Federación*.

Sin duda, la publicidad es la mejor garantía de la participación y de la ordenación de la actividad administrativa lo que se lograr si por ejemplo, los particulares pueden tener a su disposición un proyecto de reglamento antes de su adopción, para poder formular observaciones; sin embargo, en la realidad sucede lo contrario, los proyectos de la Administración son por lo general secretos, y muchas veces se mantienen guardados por los funcionarios sin mostrarlos a los interesados por lo que, desgraciadamente, sólo cuando salen publicados, constituyen una sorpresa para todos.

Este derecho a la participación ciudadana en el proceso de elaboración de los Reglamentos y demás actos administrativos de efectos generales lo ha regulado detalladamente la Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela, de 2001.

En efecto, de acuerdo con el artículo 136 de la LOAP, cuando los órganos o entes públicos, en su rol de regulación, propongan la adopción de normas legales, reglamentarias o de otra jerarquía, deben remitir el anteproyecto para su consulta a las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales inscritas en el registro señalado anteriormente (art. 135).

Esta obligación de consulta por tanto, también se aplica en los casos de emisión de decretos leyes en virtud de una ley habilitante, o de reglamentos de cualquier tipo.

En el oficio de remisión del anteproyecto correspondiente se debe indicar el lapso durante el cual se recibirán por escrito las observaciones, y el cual no comenzará a correr antes de los diez días hábiles siguientes a la entrega del anteproyecto correspondiente.

Paralelamente al procedimiento anterior, el mismo artículo 135 de la LOAP dispone que el órgano o ente público correspondiente debe publicar en la prensa nacional la apertura del proceso de consulta indicando su duración. De igual manera lo debe informar a través de su página en la internet, en la cual se debe exponer él o los documentos sobre los cuales verse la consulta.

Durante el proceso de consulta, cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto, sin necesidad de estar inscrito en el registro a que se refiere el artículo anterior.

El resultado del proceso de consulta no tiene carácter vinculante. En todo caso, una vez concluido el lapso de recepción de las observaciones, el órgano o ente público debe fijar una fecha para que sus funcionarios o funcionarias, especialistas en la materia que sean convocados y las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales intercambien opiniones, hagan preguntas, realicen observaciones y propongan adoptar, desechar o modificar el anteproyecto propuesto o considerar un anteproyecto nuevo (art. 135).

El artículo 137 de la LOAP establece que el órgano o ente público no puede aprobar normas para cuya resolución sea competente, ni remitir a otra instancia proyectos normativos que no sean consultados, de conformidad con lo antes indicado.

Las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos o propuestas por éstos a otras instancias serán nulas de nulidad absoluta si no han sido consultadas según el procedimiento antes indicado (art. 137).

Sin embargo, en casos de emergencia manifiesta y por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad, el Presidente de la República, el gobernador, el alcalde, según corresponda, pueden autorizar la aprobación de normas sin la consulta previa.

En este caso, las normas aprobadas deben ser consultadas seguidamente bajo el mismo procedimiento a las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales. El resultado de la consulta deberá ser considerado por la instancia que aprobó la norma y ésta puede ratificarla, modificarla o eliminarla (art. 137).

B. *Las consultas públicas obligatorias: vinculantes o no vinculantes*

Entre las regulaciones interesantes y generales en esta materia, está la Ley de Brasil, donde se regulan las audiencias públicas en los procedimientos en los cuales esté envuelto un "asunto de interés general", y no sólo en los que tengan por objeto la elaboración de normas de efectos generales; estableciendo el artículo 31, en esos casos que:

> 1° A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.
>
> 2° O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

La Ley agrega, además, con carácter general, que antes de tomar una decisión, a juicio de la autoridad administrativa según la relevancia de la cuestión, se puede realizar una audiencia pública para los debates de la materia objeto del procedimiento (art. 32). La Administración, además, en materias relevantes, puede establecer otros medios de participación de los administrados, directamente o por medio de organizaciones o asociaciones legalmente reconocidas (art. 33).

Si bien en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela no hay regulaciones relativas a estos mecanismos de participación en la decisión de asuntos de interés general, el principio, sin embargo, se ha recogido en leyes especiales, como por ejemplo, en la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio y en la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística donde se establece la consulta pública obligatoria de todos los proyectos de planes de ocupación del suelo o de desarrollo urbanístico a nivel de urbanizaciones. Se establece, así, la necesidad de publicar el plan o proyecto y convocar a todos los interesados para que puedan expresar sus observaciones sobre el mismo. Por supuesto, en estos casos, las consultas no son vinculantes y simplemente lo que buscan es que la Administración pueda tener el mayor ámbito de conocimiento de los intereses generales, particulares, colectivos o difusos para la elaboración de estas ordenanzas o planes nacionales de ocupación del suelo (art. 28, LOOT; art. 27, LOOU).

La Ley del Perú, contiene regulaciones más precisas sobre esta participación ciudadana en los mismos, mediante audiencias públicas. En efecto, el artículo 182, precisa que las normas administrativas prevén la convocatoria a una audiencia pública, como formalidad esencial para la participación efectiva de terceros, cuando el acto al que conduzca el procedimiento administrativo sea susceptible de afectar derechos o intereses cuya titularidad corresponda a personas indeterminadas, tales como en materia medio ambiental, ahorro público, valores culturales, históricos, derechos del consumidor, planeamiento urbano y zonificación; o cuando el pronunciamiento sobre autorizaciones, licencias o permisos que el acto habilite incida directamente sobre servicios públicos.

En estas audiencias públicas cualquier tercero, sin necesidad de acreditar legitimación especial, está habilitado para presentar información verificada, para requerir el análisis de nuevas pruebas, así como para expresar su opinión sobre las cuestiones que constituyan el objeto del procedimiento o sobre la evidencia actuada; no pudiendo, sin embargo, formular interpelaciones a la autoridad en la audiencia.

La importancia de la regulación radica, además, en la previsión del artículo 182.3, que establece que la omisión de realización de la audiencia pública "acarrea la nulidad del acto administrativo final que se dicte".

En todos estos supuestos, la convocatoria de las audiencias públicas, de acuerdo con el artículo 183 de la ley, debe hacerse en el Diario Oficial y en uno de los medios de comunicación de mayor difusión local, según la naturaleza del asunto, con una anticipación no menor de tres (3) días a su realización, el día, lugar y hora de realización, los plazos para inscripción de participantes, el domicilio y teléfono de la entidad convocante, dónde se puede realizar la inscripción, se puede acceder a mayor información del asunto, o presentar alegatos, impugnaciones y opiniones.

En la Ley 19880 de Chile, el régimen de la información pública se regula en forma general, como potestad del órgano administrativo, cuando la naturaleza del procedimiento lo requiera. El Artículo 39 de dicha Ley en efecto establece:

> *Artículo* 39. Información pública. El órgano al que corresponda la resolución del procedimiento, cuando la naturaleza de éste lo requiera, podrá ordenar un periodo de información pública.
>
> Para tales efectos, se anunciará en el Diario Oficial o en un diario de circulación nacional, a fin de que cualquier persona pueda examinar el procedimiento, o la parte del mismo que se indique.
>
> El anuncio señalará el lugar de exhibición y determinará el plazo para formular observaciones, que en ningún caso podrá ser inferior a diez días.
>
> La falta de actuación en este trámite no impedirá a los interesados interponer los recursos procedentes contra la resolución definitiva del procedimiento.
>
> La actuación en el trámite de información pública no otorga, por si misma, la condición de interesado. En todo caso, la Administración otorgará una respuesta razonada, en lo pertinente, que podrá ser común para todas aquellas observaciones que planteen cuestiones sustancialmente iguales.

C. *La participación y los intereses difusos y colectivos*

Otro tema que no encuentra regulación formal en casi ninguna de las leyes de procedimiento administrativo es el de la participación en relación con los intereses difusos y colectivos, tan desarrollada en los últimos años, como mecanismo para asegurar el acceso a la justicia. Sin embargo, en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas no se regula ni se utiliza siquiera la expresión de intereses difusos o intereses colectivos que tienen que ver con la participación, sobre todo, en el caso de los actos de efectos generales o que afecten intereses generales.

Por ello, la nueva Ley Federal de procedimiento del Brasil consagra una innovación importantísima en materia de procedimiento administrativo en el derecho comparado, ya que es la primera que hace referencia expresa, en una norma, a las organizaciones o asociaciones representativas de intereses colectivos y difusos como partes interesadas legitimadas para actuar en sede administrativa (art. 9°, III y IV).

Incluso, en la misma línea, otra norma de esta Ley amplía las posibilidades de participación en el procedimiento administrativo durante la instrucción del mismo, indicando que los órganos y entidades administrativas, en materias relevantes, pueden establecer otros medios de participación de los administrados, directamente o por medio de organizaciones o asociaciones legalmente reconocidas (art. 33).

Sin embargo, debe señalarse que en leyes especiales se encuentran regulaciones en este sentido. Por ejemplo, en Venezuela, la Ley de Protección al Consumidor y del Usuario establece los derechos de los usuarios y de los consumidores, y se regulan las asociaciones de usuarios y de los consumidores que son típicas organizaciones de representación de intereses difusos. Otro caso es el de la Ley Orgánica de Régimen Municipal y de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, que aseguran la participación de las asociaciones de vecinos como representantes de intereses colectivos, en la toma de ciertas decisiones en materia urbanística.

D. *El deber de participar*

En algunas leyes, como la venezolana, se establece además la obligación de los particulares de colaborar con el procedimiento; en definitiva, de informar cuando la Administración así se lo requiera. Así, el artículo 28 dispone:

> *Artículo 28*. Los administrados están obligados a facilitar a la Administración Pública la información de que dispongan sobre el asunto de que se trate, cuando ello sea necesario para tomar la decisión correspondiente y les sea solicitada por escrito.

En esta forma, se consagra un deber de colaboración y participación y, además, un deber de comparecencia (art. 29); lo que también establece expresamente la Ley de Brasil, en el título que dedica a los deberes de los administrados (art. 4, IV).

En el caso de la Ley de Honduras, este deber de participar se regula mediante la comparecencia de los particulares, de carácter obligatoria, pero sólo cuando "así esté previsto en una disposición legal o reglamentaria" (art. 59); o "sea indispensable" como lo indica la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos de Venezuela de 1999 (art. 11).

II. EL DERECHO DE PETICIÓN Y A LA OPORTUNA RESPUESTA

1. *Participación ciudadana y derecho de petición*

Debe destacarse, en primer lugar, el clásico derecho de petición y a la obtención de oportuna respuesta, pues en materia de procedimiento administrativo, el origen del tema de la participación está, sin duda, en este derecho de petición, el más clásico de los derechos individuales. En la Constitución de Venezuela de 1999, se resume de la siguiente forma:

> *Artículo 51*. Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad o funcionario público sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos, y de obtener oportuna y adecuada respuesta. Quienes violen este derecho serán sancionados conforme a la ley, pudiendo ser destituidos del cargo respectivo.

Un derecho similar está garantizado en casi todas las Constituciones modernas, partiendo del principio establecido en la Enmienda Nº 1 a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, en 1789.

Este derecho de peticionar y de obtener oportuna respuesta, además, se repite en las diversas leyes de procedimiento administrativo de América Latina. Se trata, en definitiva, del derecho a dirigir instancias o peticiones ante cualquier autoridad, y el correlativo deber de éstas de responder las instancias o peticiones o, en su caso, indicar los motivos por los cuales no se consideran y resuelven.

Por ello, incluso, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela reitera la declaración constitucional, precisando el derecho de petición administrativa, así:

Artículo 2. Toda persona interesada podrá, por sí o por medio de su representante, dirigir instancias o peticiones a cualquier organismo, entidad o autoridad administrativa. Estos deberán resolver las instancias o peticiones que se les dirijan o bien declarar, en su caso, los motivos que tuvieren para no hacerlo.

Este derecho lo refuerza la LOAP en cuanto a su garantía, al disponer en su artículo 9º, que los funcionarios de la Administración Pública

Tienen la obligación de recibir y atender, sin excepción, las representaciones, peticiones o solicitudes que les formulen los particulares en las materias de su competencia ya sea vía fax, telefónica, electrónica, escrita u oral; así como de responder oportuna y adecuadamente tales solicitudes, independientemente del derecho que tienen los particulares de ejercer los recursos administrativos o judiciales correspondientes, de conformidad con la ley.

En caso de que un funcionario público se abstenga de recibir las representaciones o peticiones de los particulares o no den adecuada y oportuna respuesta a las mismas, deben ser sancionados de conformidad con la ley (Art. 9).

Este derecho, por otra parte, ha tenido un importante desarrollo en Venezuela en los últimos años, después de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (equivalente a la tutela colombiana) del año 1988; haciéndose efectivo el derecho a obtener oportuna respuesta de la Administración, la cual, tradicionalmente, era una Administración que no respondía a las peticiones de los particulares.

Este derecho se consagra también, en el Código Contencioso Administrativo colombiano (arts. 5 a 24); y en el artículo 106 de la Ley del Perú, además, se lo detalla, en la siguiente forma:

106.1 Cualquier administrado, individual o colectivamente, puede promover por escrito el inicio de un procedimiento administrativo ante todas y cualesquiera de las entidades, ejerciendo el derecho de petición reconocido en el Artículo 2 inciso 20) de la Constitución Política del Estado.

106.2 El derecho de petición administrativa comprende las facultades de presentar solicitudes en interés particular del administrado, de realizar solicitudes en interés general de la colectividad, de contradecir actos administrativos, las facultades de pedir informaciones, de formular consultas y de presentar solicitudes de gracia.

106.3 Este derecho implica la obligación de dar al interesado una respuesta por escrito dentro del plazo legal.

Debe mencionarse, por último, que el artículo 7 de la Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela establece el siguiente conjunto de derechos de los particulares en sus relaciones con la Administración Pública, con motivo del derecho general a la participación:

1. Conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan interés, y obtener copias de documentos contenidos en ellos.

2. Identificar a las autoridades y a los funcionarios o funcionarias al servicio de la Administración Pública bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos.

3. Obtener copia sellada de los documentos que presenten, aportándola junto con los originales, así como a la devolución de éstos, salvo cuando los originales deban obrar en un procedimiento.

4. Formular alegatos y presentar documentos en los procedimientos administrativos en los términos o lapsos previstos legalmente.

5. No presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate.

6. Obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar.

7. Acceder a los archivos y registros de la Administración Pública en los términos previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley.

8. Ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades, funcionarios y funcionarias, los cuales están obligados a facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

9. Ejercer, a su elección y sin que fuere obligatorio el agotamiento de la vía administrativa, los recursos administrativos o judiciales que fueren procedentes para la defensa de sus derechos e intereses frente a las actuaciones u omisiones de la Administración Pública, de conformidad con la ley.

2. *El derecho de petición y sus garantías*

Las leyes de procedimiento administrativo han regulado en detalle loa diversas clases de peticiones ante la Administración y sus garantías, en la siguiente forma:

> En *primer lugar*, en cuanto al derecho a peticionar se distinguen las simples peticiones de información o de consulta o solicitudes en interés general, del derecho de peticionar con fundamento en un derecho subjetivo o en un interés personal, legítimo y directo, por ejemplo, aquellas peticiones tendientes a lograr una decisión que cree o declare un derecho. En este último caso, las leyes exigen una legitimación concreta para poder introducir peticiones, que corresponde a los "interesados" (art. 48 Ley de Venezuela; art. 284 Ley de Costa Rica), es decir, a quienes tengan un interés personal, legítimo y directo en el asunto (art. 22 Ley de Venezuela).

La Ley de Honduras precisa, además, quiénes son los interesados, al establecer en su artículo 55, que:

> Se considerarán parte interesada en el procedimiento, los titulares de derecho subjetivos o intereses legítimos que lo promuevan y aquéllos a quienes pudiere afectar en sus derechos subjetivos o intereses legítimos la resolución que hubiera de dictarse y se personen en el procedimiento administrativo espontáneamente, o por citación del órgano competente para resolver cuando éste advierta su existencia durante la sustanciación del procedimiento.

En general, casi todas las leyes de procedimiento administrativo hacen un tratamiento similar, aunque quizás la ley que regula con mayor detalle este tema es el Código colombiano de 1984.

La Ley del Perú, por otra parte, en cuanto a la legitimación, también distingue las solicitudes formuladas en interés general de la colectividad de las formuladas en interés particular del administrado. En relación con estas últimas, dispone que el artículo 107 de dicha Ley que cualquier administrado con capacidad jurídica tiene derecho a presentarse personalmente o hacerse representar ante la autoridad administrativa, para solicitar por escrito la satisfacción de su interés legítimo, obtener la declaración, el reconocimiento u otorgamiento de un derecho, la constancia de un hecho, ejercer una facultad o formular legítima oposición.

En cuanto a la solicitud en interés general de la colectividad, el artículo 108 de dicha Ley del Perú legitima a las personas naturales o jurídicas para poder presentar petición o contradecir actos ante la autoridad administrativa competente, "aduciendo el interés difuso de la sociedad". Esta facultad comprende la posibilidad de comunicar y obtener respuesta sobre la existencia de problemas, trabas u obstáculos normativos o provenientes de prácticas administrativas que afecten el acceso a las entidades, la relación con administrados o el cumplimiento de los principios procedimentales, así como a presentar alguna sugerencia o iniciativa dirigida a mejorar la calidad de los servicios, incrementar el rendimiento o cualquier otra medida que suponga un mejor nivel de satisfacción de la sociedad respecto a los servicios públicos.

En *segundo lugar*, al regular el derecho de petición las leyes prescriben la forma de las peticiones en cuanto a los elementos formales que deben contener, referidos a la identificación del peticionante o solicitante, la precisión del objeto de la solicitud y los fundamentos o motivos de la petición (art. 285, Ley de Costa Rica; art. 49, Ley de Venezuela; art. 5°, Código de Colombia; art. 113, Ley del Perú).

En *tercer lugar*, tratándose de peticiones o solicitudes de los interesados, las leyes de procedimiento administrativo generalmente establecen regulaciones relativas a la recepción y registro de documentos (arts. 44-46, Ley de Venezuela; art. 50, Ley de Honduras; art. 117, Ley del Perú), a los efectos de dejar constancia auténtica, entre otros aspectos, de la fecha de las peticiones. Eso tiene importancia procedimental, por la obligación que las leyes imponen a los funcionarios de respetar el orden riguroso de presentación de las peticiones al momento de decidir sobre las mismas y así evitar favoritismos (art. 296, Ley de Costa Rica). Deben destacarse, en esta materia, las novedosas regulaciones de la Ley peruana sobre la recepción de las solicitudes por medios alternativos, por intermedio de entidades desconcentradas (art. 121) o por transmisión de datos a distancia (art. 123).

En *cuarto lugar*, como garantía esencial del derecho de petición, se consagra la obligación de la Administración de recibir las peticiones. Por ello, la Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela dispone en su artículo 9º, que los funcionarios de la Administración Pública:

Tienen la obligación de recibir y atender, sin excepción, las representaciones, peticiones o solicitudes que les formulen los particulares en las materias de su competencia ya sea vía fax, telefónica, electrónica, escrita u oral; así como de responder oportuna y adecuadamente tales solicitudes, independientemente del derecho que tienen los particulares de ejercer los recursos administrativos o judiciales correspondientes, de conformidad con la ley.

En caso de que un funcionario público se abstenga de recibir las representaciones o peticiones de los particulares o no den adecuada y oportuna respuesta a las mismas, deben ser sancionados de conformidad con la ley (Art. 9).

En *quinto lugar*, las leyes de procedimiento administrativo, al regular las peticiones como derecho de los administrados, también establecen el derecho de éstos de desistir de sus peticiones o de renunciar a su derecho (art. 63, Ley de Venezuela; art. 76, Ley de Honduras). En el mismo orden de ideas, las leyes regulan la extinción del procedimiento por perención, cuando éste se paraliza por un lapso (2 meses en la Ley venezolana, por ejemplo) por causas imputables al interesado, contado a partir de la notificación que le haga la Administración (art. 64, Ley de Venezuela). Sin embargo, en general, las leyes prescriben que, no obstante, el desistimiento o perención, la Administración puede continuar la tramitación de los procedimientos si razones de interés público lo justifican (art. 66, Ley de Venezuela; art. 8°, Código de Colombia; art. 77, Ley de Honduras).

En *sexto lugar*, tratándose de un derecho de petición con garantía de oportuna respuesta, las leyes de procedimiento administrativo reafirman la obligación de la Administración

y de sus funcionarios de resolver, rápida y oportunamente, las peticiones (art. 31, Código de Colombia), prescribiendo, además, plazos para las decisiones. Así, por ejemplo, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela establece los lapsos según los tipos de procedimientos: si se trata de procedimientos simples, que no requieren sustanciación, la Administración está obligada a decidir las peticiones en un lapso de 20 días; en cambio, si el procedimiento requiere sustanciación, la Ley establece un lapso de 4 meses para la decisión, con posibilidades de prórroga no superior a 2 meses. En consecuencia, existiendo lapsos para la decisión, entra en juego el silencio administrativo como garantía de los particulares (art. 4).

Por último, en *séptimo lugar*, la consecuencia de la regulación del derecho de petición y del derecho de obtener oportuna respuesta es la declaración formal en las leyes de procedimiento administrativo de la responsabilidad de los funcionarios públicos por el retardo, omisión, distorsión o incumplimiento de cualquier procedimiento (art. 51, Constitución de Venezuela).

3. *Las clases de peticiones*

El Código Colombiano, en su artículo 4°, establece la clasificación general del ejercicio del derecho de petición, al establecer que las actuaciones administrativas podrán iniciarse:

1) Por quienes ejerciten el derecho de petición, en interés general;

2) Por quienes ejerciten el derecho de petición, en interés particular;

3) Por quienes obren en cumplimiento de una obligación o deber legal;

4) Por las autoridades, oficiosamente.

La Ley peruana, por su parte, precisa que "El derecho de petición administrativa comprende las facultades de presentar solicitudes en interés particular del administrado, de realizar solicitudes en interés general de la colectividad, de contradecir actos administrativos, las facultades de pedir informaciones, de formular consultas y de presentar solicitudes de gracia"; además del derecho a formular denuncias (art. 105).

El derecho de peticionar ante cualquier autoridad se encuentra también consagrado, por ejemplo, en las leyes de Uruguay (art. 117) y Venezuela (art. 2°), pero sin la precisión y detalle que establecen el Código colombiano o la Ley peruana.

Así, el artículo 11 de la Ley uruguaya siguiendo la disposición pertinente de la Constitución, establece que "todo habitante tiene derecho de petición por ante todas y cualesquiera autoridades de la República".

En todo caso, conforme a las leyes de procedimiento administrativo, se pueden distinguir seis tipos de peticiones: las relativas a consultas e informaciones; las peticiones de gracia; las peticiones relativas a derechos subjetivos o intereses legítimos; las peticiones formuladas en representación de intereses difusos o colectivos; las peticiones formuladas en cumplimiento de un deber legal; y las denuncias obligatorias.

A. *Las peticiones generales: consultas e informaciones*

En relación con el derecho a formular consultas y requerir informaciones que tienen los particulares, el Código de Colombia establece que el derecho de petición incluye el de formular consultas escritas o verbales a las autoridades, en relación con las materias a su cargo, y sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales. Estas consultas deben tramitarse con economía, celeridad, eficacia e imparcialidad y resolverse en un plazo máximo de treinta (30) días. Las respuestas en estos casos no comprometen la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución (art. 25).

A tal efecto, los reglamentos internos de los órganos de la Administración, deben atribuir a uno o más funcionarios o empleados el deber especial de absolver las consultas del público, y de atender las demás peticiones generales (art. 26).

En estos casos, por supuesto, los peticionantes no requieren de un interés específico y, como lo dice la Ley de Honduras, basta "que ostenten capacidad con arreglo a las normas de derecho civil" (art. 54).

La Ley del Perú, por su parte, en relación con las peticiones de información y consultas, precisa que el derecho de petición incluye el de solicitar la información que obra en poder de las entidades, para lo cual las entidades deben establecer mecanismos de atención a los pedidos sobre información específica y prever el suministro de oficio a los interesados, incluso vía telefónica, de la información general sobre los temas de interés recurrente para la ciudadanía (art. 110).

El derecho de petición, además, conforme a la Ley del Perú, incluye las consultas por escrito a las autoridades administrativas, sobre las materias a su cargo y el sentido de la normativa vigente que comprende su accionar, particularmente aquélla emitida por la propia entidad. Para ello, cada entidad debe atribuir competencia para absolver las consultas a una o más de sus unidades sobre la base de los precedentes de interpretación seguidos en ella (art. 111).

B. *Las peticiones de gracia*

La Ley peruana regula, además, expresamente, las peticiones de gracia, es decir, aquéllas en las cuales el administrado puede solicitar al titular del órgano administrativo competente la emisión de un acto sujeto a su discrecionalidad o a su libre apreciación, o prestación de un servicio cuando no cuenta con otro título legal específico que permita exigirlo como una petición de interés particular (art. 112.1).

C. *Las peticiones relativas a derechos subjetivos o intereses legítimos*

En las leyes de procedimiento administrativo, por supuesto, se regulan en forma privilegiada las peticiones relativas a derechos subjetivos o intereses legítimos. En este caso, la iniciativa del comienzo del procedimiento y la determinación de si se requiere el ejercicio de un derecho de petición o de si puede iniciarse de oficio, depende de los tipos de procedimientos.

Como se dijo, generalmente las leyes de procedimiento no establecen una tipología de los procedimientos de acuerdo con los efectos del acto administrativo que resulte de su desarrollo; sin embargo, de ello dependerá la precisión de cuándo puede o debe iniciarse el procedimiento a petición de parte interesada y cuándo puede o debe iniciarse de oficio. La excepción es la Ley peruana, en cuyo artículo 107 se regulan las solicitudes en interés particular del administrado, indicando que cualquier administrado con capacidad jurídica tiene derecho a presentarse personalmente o hacerse representar ante la autoridad administrativa, para solicitar por escrito "la satisfacción de su interés legítimo, obtener la declaración, el reconocimiento u otorgamiento de un derecho, la constancia de un hecho, ejercer una facultad o formular legítima oposición" (art. 107).

En esta forma, conforme a la tipología difundida por la doctrina italiana y de acuerdo a la naturaleza de los efectos de los actos administrativos que resultan de los procedimientos administrativos, podrían distinguirse cuatro tipos de procedimientos: los declarativos, los "ablatorios", los concesorios y los autorizatorios.

En *primer lugar*, se destacan los procedimientos declarativos, que son los que tienen por objeto la emisión de actos administrativos que otorgan certeza respecto de hechos jurídicos relevantes, y pueden consistir también en declaraciones de ciencia o de conocimiento

y en verificaciones. En este sentido, puede decirse que todos los procedimientos administrativos que concluyen en actos de registro o de inscripción, por ejemplo, de la propiedad, de patentes o marcas, de vehículos, naves o aeronaves, son procedimientos declarativos. Asimismo, los procedimientos para establecer la identificación de las personas.

Estos procedimientos declarativos requieren, en general, para su inicio, instancia de parte interesada, y sólo en casos excepcionales donde esté interesado el orden público, podrían iniciarse de oficio, como en materia de identificación de las personas.

En *segundo lugar,* están los procedimientos "ablatorios", denominados así en la doctrina italiana por el uso del vocablo latino "*ablatio*", que denota la acción de quitar, cortar o eliminar. Estos procedimientos tienen, como consecuencia la restricción de los derechos individuales, por lo que generalmente se inician de oficio por la Administración. Ejemplos de estos procedimientos son los procedimientos expropiatorios, de requisición o sancionatorios que afecten una cosa (comiso) o el patrimonio de una persona (multa). Una importante regulación sobre los procedimientos sancionatorios está en el artículo 230 la Ley peruana en la cual, incluso, se formulan los siguientes principios especiales respecto de la potestad sancionadora administrativa:

1. *Legalidad.* Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.

2. *Debido procedimiento.* Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.

3. *Razonabilidad*. Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción.

4. *Tipicidad*. Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

5. *Irretroactividad*. Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

6. *Concurso de infracciones*. Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

7. *Continuación de infracciones*. Para imponer sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días desde la fecha de la imposición de la última sanción y se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.

8. *Causalidad*. La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

9. *Presunción de licitud.* Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

10. *Non bis in idem*. No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

En *tercer lugar*, están los procedimientos concesorios, los cuales tienen por objeto actos administrativos que amplían la esfera jurídica subjetiva de los administrados. El otorgamiento de concesiones tradicionalmente se ubica en estos procedimientos concesorios; sin embargo, cada vez más importantes son otros procedimientos, como los relativos a la obtención de subvenciones, o los procedimientos que atribuyen una calificación jurídica a las personas, como la concesión de la nacionalidad. Estos procedimientos concesorios, por supuesto, requieren siempre instancia de parte y no pueden iniciarse de oficio.

Por último, en *cuarto lugar*, deben mencionarse los procedimientos autorizatorios que tienen por objeto la emisión de actos administrativos que permiten a un particular ejercer un derecho, por la remoción de un obstáculo jurídico que legalmente existe para su ejercicio pleno. Son los más comunes en las relaciones entre la Administración y los administrados, y dan origen a autorizaciones, permisos y licencias para que los particulares puedan ejercer derechos o realizar actividades. Estos procedimientos, en general, requieren instancia de parte y no pueden iniciarse de oficio.

D. *Las peticiones relativas a asuntos de interés general: los intereses difusos y colectivos*

Con la protección constitucional o legal, cada vez más creciente, de los intereses colectivos y difusos, como ha sucedido, por ejemplo, en la Constitución venezolana (art. 26), las leyes de procedimiento administrativo, como la Ley peruana, regulan las solicitudes en interés general de la colectividad. El artículo 108 de esta Ley, al referirse a la solicitud en interés general de la colectividad, precisa que las personas naturales o jurídicas pueden presentar petición o contradecir actos ante la autoridad administrativa competente, "aduciendo el interés difuso de la sociedad". Esta facultad comprende la posibilidad de comunicar y obtener respuesta sobre la existencia de problemas, trabas u obstáculos normativos o provenientes de prácticas administrativas que afecten el acceso a las entidades, la relación con administrados o el cumplimiento de los principios procedimentales, así como a presentar alguna sugerencia o iniciativa dirigida a mejorar la calidad de los servicios, incrementar el rendimiento o cualquier otra medida que suponga un mejor nivel de satisfacción de la sociedad respecto a los servicios públicos".

E. *Las peticiones en cumplimiento de un deber legal*

Por otra parte, deben destacarse las peticiones formuladas en cumplimiento de un deber legal, a cuyo efecto, el Código colombiano indica que cuando una norma imponga a una persona el deber de presentar una solicitud, una declaración tributaria o de otra clase o una liquidación privada, o el de realizar cualquier otro acto para iniciar una actuación administrativa, las autoridades no podrán impedirlo ni negarse a recibir el escrito con el que se pretenda cumplir el deber. En estos casos, cuando las autoridades no lo admitan, el interesado debe realizar los actos necesarios para cumplir su deber ante el correspondiente funcionario del Ministerio Público, y el funcionario debe ordenar iniciar el trámite legal, e impondrá las sanciones disciplinarias pertinentes (art. 27).

F. *El derecho a denunciar y las denuncias obligatorias*

Por último, se destacan los procedimientos iniciados por denuncia. La Ley peruana, en su artículo 105 regula, al efecto, el derecho a formular denuncias, estableciendo que todo administrado está facultado para comunicar a la autoridad competente aquellos hechos que conociera contrarios al ordenamiento, sin necesidad de sustentar la afectación inmediata de algún derecho o interés legítimo, ni que por esta actuación sea considerado sujeto del procedimiento. Esta comunicación debe exponer claramente la relación de los hechos, las circunstancias de tiempo, lugar y modo que permitan su constatación, la indicación de sus presuntos autores, partícipes y damnificados, el aporte de la evidencia o su descripción para que la administración proceda a su ubicación, así como cualquier otro elemento que permita su comprobación.

La presentación de la denuncia, por supuesto, obliga a la administración a practicar las diligencias preliminares necesarias y, una vez comprobada su verosimilitud, a iniciar de oficio la respectiva fiscalización. El rechazo de una denuncia, en todo caso, debe ser motivado y comunicado al denunciante, si estuviese individualizado (art. 105).

La legislación de América Latina regula, además, las denominadas denuncias obligatorias, en cumplimiento de un deber legal de colaboración con las autoridades, es decir, cuando se impone a las personas el deber de presentar una denuncia respecto de determinados hechos.

En el Código Colombiano, se regula lo que se encuentra consagrado en tantas normas de carácter especial administrativo, como es el deber de denuncia obligatoria, por ejemplo, en materia sanitaria. Se trata de normas administrativas que no tienen carácter penal ni sancionatorio, pero que en resguardo de la salud pública, imponen al particular la denuncia obligatoria de determinados hechos de los cuales tenga conocimiento. Esto se encuentra regulado en viejas normas, como el Reglamento de las Enfermedades de Denuncia Obligatoria de Venezuela, el cual impone la obligación a los particulares de denunciar ante la Administración, enfermedades que puedan ser contagiosas y que requieran la atención de la Administración sanitaria.

Aparte de esto, está el deber de denuncia que se le impone a los funcionarios, y que regulan todos los ordenamientos. En este sentido, el Decreto de Uruguay establece una amplia regulación (arts. 175 a 181) sobre el tema de las denuncias y de las informaciones de urgencia, consagrando el deber de denuncia a cargo de los funcionarios, respecto de las irregularidades de que tuviera conocimiento por razón de sus funciones, de las que se cometieren en su dependencia o cuyos efectos ella experimentara particularmente (art. 175).

G. *El rol del Ministerio Público o del Defensor de los Derechos Humanos*

Dentro de las tareas que corresponden al Ministerio Público, está la de velar por el respeto y la efectividad de los derechos constitucionales en forma general. Por ello, en Colombia se establece como obligación del Ministerio Público el velar por el ejercicio y la efectividad del derecho de petición, a cuyo efecto, sus funcionarios tienen a su cargo conforme el artículo 75 del Código.

1) Instruir debidamente a toda persona que, por manifestación propia, desee o deba formular alguna petición;

2) Escribir la petición de que se trate, si la persona no pudiere hacerlo por sí misma y ello fuere necesario, comprobando en este caso que se cumplan las formalidades previstas en este Código;

3) Recibir y hacer tramitar las peticiones o recursos que las autoridades, por cualquier motivo, no hayan querido recibir;

4) Aplicar medidas disciplinarias o solicitar su aplicación al que sea competente, a los funcionarios que, sin causa justificada, dificulten o hagan ineficaz el ejercicio del derecho de petición o incurran en las conductas previstas en el artículo siguiente;

5) Vigilar en forma constante y directa los sistemas para el cobro de las tarifas de los servicios públicos, y asegurar que los reclamos y recursos se tramiten en forma rápida y legal.

En esta forma, sobre todo a nivel local, pues estas obligaciones del Ministerio Público se refieren a sus agentes a nivel municipal, se establece una garantía para el efectivo ejercicio del derecho de petición.

2. *La forma de las peticiones y su tramitación*

A. *La iniciativa del comienzo del procedimiento y la tipología de los procedimientos*

En todo caso, la iniciativa del comienzo del procedimiento y la determinación de si requiere el ejercicio de un derecho de petición o de si puede iniciarse de oficio, depende de los tipos de procedimientos. Generalmente, las leyes de procedimiento no establecen una tipología de los procedimientos derivados de las peticiones que se formulan y de acuerdo con los efectos del acto administrativo que resulta de su desarrollo; sin embargo, de ella dependerá la precisión de cuándo puede o debe iniciarse el procedimiento a petición de parte interesada y cuándo puede o debe iniciarse de oficio. En tal sentido debe recordarse la clasificación que ha difundido desde hace años la doctrina italiana, entre los procedimientos declarativos, ablatorios, concesorios o autorizatorios, los cuales, en definitiva, engloban todas las peticiones que pueden formular los particulares en ejercicio de un derecho; o los procedimientos que la Administración, de oficio, inicia para sancionar o tomar determinadas medidas que restrinjan la esfera jurídica de los administrados. En efecto, conforme a la tipología difundida por Massimo Severo Giannini[1] de acuerdo a la naturaleza de los efectos de los actos administrativos que resultan de los procedimientos administrativos, pueden distinguirse cuatro tipos de procedimientos: los declarativos, los «ablatorios», los concesorios y los autorizatorios.

Los procedimientos declarativos son los que tienen por resultado actos que otorgan certeza de hechos jurídicos relevantes, y consisten en declaraciones de ciencia o de conocimiento y en verificaciones. En este sentido, puede decirse que todos los procedimientos que concluyen en actos de registro, por ejemplo, de la propiedad, de patentes o marcas, de vehículos o aeronaves, etc., son procedimientos declarativos. Asimismo, los procedimientos para establecer la identificación de las personas. Estos procedimientos declarativos, en general, requieren para su inicio, instancia de parte interesada, y sólo en casos excepcionales, donde esté interesado el orden público, podrían iniciarse de oficio, como en materia de identificación de las personas.

En segundo lugar, están los procedimientos «ablatorios», denominados así en la doctrina italiana por el uso del vocablo latino «ablatio», que denota la acción de quitar, cortar, eliminar. Estos procedimientos tienen por objeto eliminar o restringir los detalles individuales, por lo que generalmente, se inician de oficio por la Administración. Ejemplos de estos procedimientos son los procedimientos expropiatorios, de requisición o sancionatorios que afecten una cosa (decomiso) o el patrimonio de una persona (multa).

---

[1]. M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1970, vol. II, pp. 285 ss.; *Vid.*, los comentarios de Hildegard Rondón de Sansó, *El Procedimiento Administrativo*, Caracas, 1983, pp. 61 ss.

En tercer lugar, están los procedimientos concesorios, los cuales tienen por objeto actos administrativos que amplían la esfera jurídica subjetiva de los administrados. El otorgamiento de concesiones tradicionalmente se ubica en estos procedimientos concesorios; sin embargo, cada vez más importantes son otros procedimientos, como los relativos a la obtención de subvenciones, o los procedimientos que atribuyen una calificación jurídica a las personas, como la concesión de la nacionalidad. Estos procedimientos concesorios, por supuesto, requieren siempre la instancia de parte y no pueden iniciarse de oficio.

Por último, en cuarto lugar deben mencionarse los procedimientos autorizatorios, que tienen por objeto la emisión de actos administrativos que permiten a un particular ejercer un derecho, por la remoción de un obstáculo jurídico que legalmente existe para su ejercicio pleno. Son los más comunes en las relaciones entre la Administración y los particulares, y dan origen a autorizaciones, permisos y licencias para que los particulares puedan ejercer derechos o realizar actividades. Estos procedimientos, en general, requieren instancia de parte y no pueden iniciarse de oficio.

B. *La presentación de las peticiones*

Uno de los campos de regulación de las leyes de procedimiento administrativo de América Latina en relación con la participación en los casos de procedimientos que se inician a solicitud de parte, es el relativo a la forma de las peticiones, y al principio de la colaboración de parte de la Administración, a los efectos de la corrección de las mismas. Por tanto, no sólo se trata de la posible intervención del Ministerio Público para que las peticiones se presenten en forma adecuada, sino de la regulación del deber de colaboración que la Administración tiene con el administrado para la corrección de las peticiones.

a. *El principio de la escrituriedad*

Ante todo, en cuanto al inicio del procedimiento administrativo, se destaca, el principio de la escrituriedad o de la forma escrita de las peticiones. Conforme a ello, en principio, las peticiones deben presentarse por escrito y todas las leyes así lo regulan. Sin embargo, también en este punto debe destacarse el Código colombiano, en el cual se prevé la petición oral como forma admitida de inicio del procedimiento, indicando que si quien presenta una petición verbal afirma no saber o no poder escribir y pide constancia de haberla presentado, el funcionario la debe expedir en forma suscinta (art. 5). La Ley de Brasil también admite las peticiones orales (art. 6).

b. *El contenido del escrito y sus anexos*

Por otra parte, todas las leyes enumeran con bastante amplitud el contenido que deben tener las peticiones escritas, en el sentido de identificación del peticionario, identificación de la autoridad a la cual está dirigida, los hechos en que se funda la petición, los fundamentos de derecho y los documentos que han de acompañarse.

Como ejemplo, aparte de la Ley peruana, ya citada (art. 113), se destaca el artículo 5° del Código colombiano el cual dispone que las peticiones escritas deben contener, por lo menos los siguientes elementos:

1) La designación de la autoridad a la que se dirigen;

2) Los nombres y apellidos completos del solicitante y de su representante o apoderado, si es el caso, con indicación del documento de identidad y de la dirección;

3) El objeto de la petición;

4) Las razones en que se apoya;

5) La relación de documentos que se acompañan;

6) La firma del peticionario, cuando fuere el caso.

En cuanto a la Ley mexicana, aparte de establecer que la Administración Pública Federal no puede exigir más formalidades que las expresamente previstas en la ley, precisa que:

> Las promociones deberán hacerse por escrito en el que se precisará el nombre, denominación o razón social de quien o quienes promuevan, en su caso de su representante legal, domicilio para recibir notificaciones, así como nombre de la persona o personas autorizadas para recibirlas, la petición que se formula, los hechos o razones que dan motivo a la petición, el órgano administrativo a que se dirigen y lugar y fecha de su emisión. El escrito deberá estar firmado por el interesado o su representante legal, a menos que no sepa o no pueda firmar, caso en el cual, se imprimirá su huella digital.
>
> El promovente deberá adjuntar a su escrito los documentos que acrediten su personalidad, así como los que en cada caso sean requeridos en los ordenamientos respectivos (art. 15).

De igual forma, el artículo 49 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela precisa que cuando el procedimiento se inicie por solicitud de persona interesada, en el escrito se debe hacer constar lo siguiente:

1. El organismo al cual está dirigido;

2. La identificación del interesado, y en su caso, de la persona que actúe como su representante con expresión de los nombres y apellidos, domicilio, nacionalidad, estado civil, profesión y número de la cédula de identidad o pasaporte;

3. La dirección del lugar donde se harán las notificaciones pertinentes;

4. Los hechos, razones y pedimentos correspondientes, expresando con toda claridad la materia objeto de la solicitud;

5. Referencia a los anexos que lo acompañan, si tal es el caso;

6. Cualesquiera otras circunstancias que exijan las normas legales o reglamentarias;

7. La firma de los interesados.

Y en Brasil, el artículo de la Ley 9.784 de Procedimiento Administrativo de la Federación, hace una enumeración similar respecto de lo que debe contener el escrito de la petición:

I. órgão ou autoridade administrativa a que se dirige;

II. identificação do interessado ou de quem o represente;

III. domicílio do requerente ou local para recebimento de comunicações;

IV. formulação do pedido, com exposição dos fatos e de seus fundamentos;

V. data e assinatura do requerente ou de seu representante.

El artículo 285 la Ley General de Costa Rica también precisa que la petición de la parte deberá contener lo siguiente:

a) Indicación de la oficina a que se dirige;

b) Nombre y apellidos, residencia y lugar para notificaciones de la parte y de quien la representa;

c) La pretensión, con indicación de los daños y perjuicios que se reclamen, y de su estimación, origen y naturaleza;

d) Los motivos o fundamentos de hecho; y

e) Fecha y firma.

Debe señalarse, por último, que la Ley mexicana (art. 42), y el Decreto uruguayo (art. 19), plantean incluso la posibilidad de utilizar el fax y otros medios similares de transmisión a distancia para la formulación de las peticiones. En sentido similar, se regula en el artículo 4º del Decreto 266 de 2000 de Colombia; y en el artículo 123 de la Ley del Perú.

Por otra parte, en general se exige que a la petición escrita se acompañen las copias de los documentos que se indiquen en la misma.

c. *Los timbres fiscales y el principio de la gratuidad*

Uno de los instrumentos fiscales más frecuentes en los países de América Latina está constituido por el sistema de timbres o estampillas que deben pagarse e inutilizarse con motivo de la realización de trámites administrativos y, particularmente, de la formulación de peticiones ante la Administración. Estos timbres configuran como un instrumento para la percepción de tasas por los servicios administrativos.

La existencia de estos instrumentos fiscales plantea la discusión sobre la existencia o no del principio de la gratuidad en materia de peticiones administrativas. El Código colombiano, al referirse a este punto en específico, hace la siguiente distinción, en cuanto a que "el simple ejercicio del derecho de petición es distinto de la acción de litigar en causa propia o ajena y no causará impuesto de timbres" (art. 39).

Por lo tanto, en el derecho colombiano, si se trata del ejercicio de un derecho de petición en interés propio habría sujeción al pago de timbres fiscales, pero éste no sería el caso del ejercicio de un derecho de petición general. Es el mismo principio que rige en Venezuela: el pago de timbres fiscales es obligatorio cuando se ejerce el derecho de petición en interés particular o de un derecho propio; en cambio, si se trata de una simple petición no es necesario el pago de timbres fiscales.

En el caso de otras leyes, por ejemplo, la de Uruguay (arts. 19 a 21), no se establece ningún tipo de timbres.

El tema de los "derechos de tramitación" está particularmente regulado en la Ley del Perú, en cuyo artículo 44 se dispone que en los procedimientos administrativos, procede establecer derechos de tramitación cuando su desarrollo implique para la entidad la prestación de un servicio específico e individualizable a favor del administrado, o en función del costo derivado de las actividades dirigidas a analizar lo solicitado. En todo caso, se establece como condición para la procedencia de este cobro: que la entidad esté facultada para exigirlo por una norma con rango de ley.

Por otra parte, el mismo artículo de la Ley de Perú establece que no procede establecer cobros por derecho de tramitación para procedimientos iniciados de oficio, ni en aquellos en lo que son ejercidos el derecho de petición graciable o el de denuncia ante la entidad por infracciones funcionales de sus propios funcionarios o que deban ser conocidas por las Oficinas de Auditoria Interna (art. 44,3).

d. *El principio de colaboración: las correcciones a la petición*

Debe señalarse, por otra parte, una vez precisada la forma escrita y el contenido de las peticiones, que en todas las leyes de procedimiento administrativo de América Latina también se encuentra regulado el principio de colaboración de la Administración, conforme al

cual no se deben rechazar las peticiones que no cumplan las formas, sino que, en principio, el funcionario debe advertirle al administrado los errores para que pueda corregirlas y pueda volver a presentarlas ante la Administración. Esto está regulado en forma expresa en Colombia (art. 27), en Costa Rica (sólo defectos subsanables, art. 287), en México (art. 43), en Venezuela (art. 50), en Brasil (art. 6°), en Honduras (art. 115), en Perú (arts. 125 y 126) y en Uruguay (art. 26). En definitiva, se trata de un derecho, hasta cierto punto del administrado, para que la Administración colabore con su derecho de petición y le advierta los errores en sus peticiones.

Así lo establece, expresamente, el artículo 50 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela:

> *Artículo 50*. Cuando en el escrito o solicitud dirigida a la Administración Pública faltare cualquiera de los requisitos exigidos en el artículo anterior, la autoridad que hubiere de iniciar las actuaciones lo notificará al presentante, comunicándole las omisiones o faltas observadas a fin de que en el plazo de quince (15) días proceda a subsanarlos. Si el interesado presentare oportunamente el escrito o solicitud con las correcciones exigidas, y ésta fuere objetada por la administración debido a nuevos errores u omisiones, el solicitante podrá ejercer el recurso jerárquico contra la segunda decisión o bien corregir nuevamente sus documentos conforme a las indicaciones del funcionario.

En la Ley General de Costa Rica, sin embargo, se establece en forma expresa que las peticiones pueden ser rechazadas cuando no se identifique al peticionante, no se precise el contenido de la pretensión o la petición no esté firmada, en cuyo caso se produce el archivo de la petición (art. 285, 2, 3).

e. *La reforma de la petición*

Por último, debe señalarse que, en materia administrativa, los peticionantes también tienen derecho a modificar o ampliar su petición, como lo dice la Ley de Honduras, siempre que se basen en hechos esencialmente idénticos a los invocados en la petición inicial, y no se haya realizado la audiencia final dada a los interesados (art. 67).

C. *La recepción de las peticiones, la copia, el registro y el orden de tramitación*

Otra regulación que también está establecida en casi todas las leyes de procedimiento administrativo, en forma expresa, es la obligación de las autoridades de llevar un Registro de toda la documentación que se consigne en las oficinas públicas (art. 117, Ley del Perú); y a los efectos del recibo de la petición, la exigencia de acompañar copia de la petición para que ésta le sea devuelta sellada al peticionante, como recibo, la cual tendrá el mismo valor legal que el original. Este hecho que siempre fue práctica administrativa se ha formalizado en las leyes a los efectos de la certificación, como sucede, por ejemplo, en el Código de Colombia (art. 5), en la Ley del Perú (art. 114), en el Decreto de Uruguay (art. 22 y 25), y en la de Venezuela (art. 46).

En el artículo 25 del Decreto de Uruguay, en particular se resume esta regulación así:

> *Artículo 25.* Todo funcionario que reciba un escrito deberá anotar bajo su firma en el propio escrito, la fecha en que lo recibe, el número de hojas que contenga, la mención de los documentos que se acompañan y copias que se presentan. Como constancia de la recepción del mismo, se entregará al interesado la copia a que se refiere el artículo 22 del presente decreto, sin perjuicio de otras formas de constancia que por razón del trámite sea conveniente extender.

La regulación también aparece precisa en la Ley de Honduras, al disponerse lo siguiente:

> *Artículo 53*. Toda persona que presente un escrito podrá acompañar *copia simple del mismo* y exigir en el acto, que se coteje y se le devuelva, con nota que exprese la fecha y hora de la presentación, con el sello de la oficina y firma del empleado que la reciba.
>
> De los documentos que acompañe podrá presentar copia y pedir que previo cotejo se le devuelvan los originales salvo disposición en contrario.
>
> De una u otra circunstancia, el encargado del Registro dejará constancia en el expediente.

Por otra parte, en las leyes de Costa Rica (art. 296), México (art. 46), Venezuela (art. 34) y Uruguay (art. 25), hay normas precisas que establecen la obligación de la Administración de respetar el orden de las peticiones para su consideración; orden que se deriva del Registro de las mismas, que debe ser en forma rigurosa. Debe recordarse que en gran parte, la sanción de estas leyes de procedimiento tuvieron por objeto asegurar la igualdad de todos los particulares, mediante la ordenación del trámite de las peticiones. En esta forma, este principio del "orden riguroso", formulado con esta misma expresión, está consagrado en la Ley de Costa Rica (art. 296).

La misma expresión se encuentra en la Ley de México, así:

> *Artículo 46*. En el despacho de los expedientes se guardará y respetará el orden riguroso de tramitación en los asuntos de la misma naturaleza; la alteración del orden sólo podrá realizarse cuando exista causa debidamente motivada de la que quede constancia.

El incumplimiento a lo dispuesto en el párrafo anterior será causa de responsabilidad del servidor público infractor.

De igual manera lo establece la Ley Orgánica Venezuela cuyo artículo 34 dispone que en el despacho de todos los asuntos "se respetará *rigurosamente el orden* en que éstos fueron presentados". Sin embargo, sólo por razones de interés público y mediante providencia motivada, el jefe de la oficina puede modificar dicho orden, dejando constancia en el expediente.

Este orden riguroso se establece, por supuesto, en favor del administrado, para que se tramiten los asuntos de acuerdo al orden de presentación y no se le dé un trato de favor a otro interesado que presente una petición con posterioridad y se resuelva primero. El principio es que se resuelvan las peticiones de acuerdo al orden de presentación; principio que busca eliminar el favoritismo y la parcialidad en los trámites administrativos. El orden debe respetarse, incluso, ante el pago de derechos de tramitación, para lo cual la Ley del Perú dispone que las entidades "no pueden establecer pagos diferenciados para dar preferencia o tratamiento especial a una solicitud distinguiéndola de las demás de su mismo tipo, ni discriminar en función al tipo de administrado que siga el procedimiento" (art. 45).

D. *Consecuencias formales del ejercicio del derecho de petición en la Ley Orgánica de la Administración Pública*

Consecuencia del derecho de petición son todas las regulaciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela relativas al registro de presentación de las peticiones.

a. *Los registros de documentos presentados*

Los órganos administrativos deben llevar un registro general en el que se debe hacer el correspondiente asiento de todo escrito o comunicación que sea presentado o que se reciba en cualquier unidad administrativa propia. También se debe anotar la salida de los escritos y comunicaciones oficiales dirigidas a otros órganos o particulares (art. 159)[2].

Los órganos administrativos pueden crear en las unidades administrativas correspondientes de su propia organización, otros registros con el fin de facilitar la presentación de escritos y comunicaciones. Estos deben ser auxiliares del registro general, al que deben comunicar toda anotación que efectúen.

Los asientos se deben anotar respetando el orden temporal de recepción o salida de los escritos y comunicaciones, e indicar la fecha del día de la recepción o salida.

Concluido el trámite de registro, los escritos y comunicaciones deben ser cursados sin dilación a sus destinatarios y a las unidades administrativas correspondientes desde el registro en que hubieran sido recibidas (art. 160).

b. *Información sobre los registros*

Los registros que la Administración Pública establezca para la recepción de escritos y comunicaciones de los particulares o de órganos administrativos, deben instalarse en soporte informático.

El sistema debe garantizar la constancia, en cada asiento que se practique, de un número, epígrafe expresivo de su naturaleza, fecha de entrada, fecha y hora de su presentación, identificación del interesado, órgano administrativo remitente, si procede, y persona u órgano administrativo al que se envía, y, en su caso, referencia al contenido del escrito o comunicación que se registra.

Asimismo, el sistema debe garantizar la integración informática en el registro general de las anotaciones efectuadas en los restantes registros del órgano administrativo (art. 161).

Por otra parte, cada órgano o ente de la Administración Pública debe establecer los días y el horario en que deban permanecer abiertos sus oficinas, garantizando el derecho de las personas a la presentación de documentos previsto en esta Ley (art. 163).

Las Administración Pública debe hacer pública y mantener actualizada una relación de sus oficinas, sus sistemas de acceso y comunicación, así como los horarios de funcionamiento (art. 163).

c. *Lugar de presentación de documentos*

Conforme al artículo 162 de la LOAP las solicitudes, escritos y comunicaciones que las personas dirijan a los órganos de la Administración Pública pueden presentarse:

1. En la unidad correspondiente de los órganos administrativos a que se dirijan.

2. En las oficinas de correo en la forma que reglamentariamente se establezca.

3. En las representaciones diplomáticas o delegaciones consulares de Venezuela en el extranjero.

4. En cualquier otro que establezca la ley.

---

2 Estas regulaciones implican la derogación de las contenidas en el Reglamento de Registro de Presentación de Documentos, Decreto Nº 1364 de 30-12-81, *Gaceta Oficial* Nº 32.358 de 4-1-1982.

A los fines antes previstos pueden hacerse efectivos, por cualquier medio, tales como giro postal o telegráfico, o mediante transferencia dirigida a la oficina pública correspondiente, cualesquiera tributos que haya que satisfacer en el momento de la presentación de solicitudes y escritos a la Administración Pública (art. 162).

d. *Devolución de documentos originales a los presentantes*

El artículo 167 de la LOAP dispone que los documentos originales emanados de los interesados y dirigidos a los órganos o entes de la Administración Pública para la tramitación de un asunto, deben devolverse a sus presentantes cuando así lo solicitaren y siempre que consignen copia fiel y exacta de ellos en el expediente.

E. *La obligación y término para responder*

Otro principio derivado del derecho de petición y a la obtención de oportuna respuesta que está también en todas las leyes de procedimiento administrativo, es la obligación o deber de decidir que se impone al funcionario respectivo que debe tomar la decisión. Por ello, la Ley de Uruguay es precisa y terminante al señalar que:

> *Artículo 118*. Toda autoridad administrativa está obligada a decidir sobre cualquier petición que le formule el titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo en que se dicte o ejecute un determinado acto administrativo.

Así se consagra, igualmente, en el Reglamento de la Comunidad Andina (art. 3), en la Ley de Costa Rica (art. 329), en la Ley de Venezuela (art. 2) y en la Ley de Brasil (art. 48). En el Código de Colombia, incluso se lo califica de "deber primordial" el de dar "rápida y oportuna resolución a las peticiones" (art. 31).

En cada país, se establece un particular lapso de decisión a los efectos de poder ejercer una tutela o un amparo. En el Código colombiano se consagran lapsos muy breves, de diez o quince días (art. 6°); sin embargo, cuando se trata de un asunto complejo que requiere sustanciación, el lapso se debe fijar de manera discrecional por la autoridad competente para decidir, siempre que no se exceda de tres (3) meses. En la Ley de Brasil, la Administración tiene un plazo de hasta treinta (30) días para decidir, sólo prorrogable por igual período de tiempo (art. 49).

En otras leyes, como el caso de Venezuela, se establece el principio de que si se trata de una petición que no requiere sustanciación, se debe resolver en veinte (20) días, y si se trata de una petición que requiere sustanciación, se debe resolver en un tiempo máximo de cuatro (4) meses con posibilidad de prórroga por dos (2) meses más, es decir, máximo seis (6) meses (art. 60). Esto por lo que se refiere a la ley general de procedimientos administrativos, ya que en las leyes especiales se establecen lapsos variables. Por ejemplo, en materia urbanística, en Venezuela, la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística establece un lapso de 90 días para el otorgamiento de la Certificación de Variables Urbanas fundamentales respecto de una urbanización, y de 30 días para la certificación en el caso de una edificación (art. 85).

F. *La queja y la responsabilidad administrativa*

Por último, la consecuencia de esta obligación de respuesta oportuna también está regulada en casi todas las leyes. Se trata del recurso de queja por la ausencia de respuesta oportuna (Costa Rica), llamado "recurso de reclamo" en Venezuela y en el Uruguay. Se trata de un procedimiento especial para la determinación de la responsabilidad disciplinaria, con motivo de la formulación de la queja frente a la demora del funcionario, la cual debe presentarse ante el superior.

En el caso de la ley venezolana, se permite la formulación de la queja contra los funcionarios que no respondan adecuadamente o que no le den el tratamiento adecuado a la petición, por lo que el reclamo es contra el "retardo, omisión, distorsión o incumplimiento de cualquier procedimiento, trámite o plazo" (art. 3°). Estos motivos de la queja deben formularse ante el superior jerárquico, originándose un procedimiento destinado a verificar la responsabilidad del funcionario y la imposición de la sanción correspondiente.

Por ejemplo, el artículo 84 de Decreto de Uruguay establece la responsabilidad del funcionario y el recurso de reclamo de la siguiente manera:

> *Artículo 84*. En cualquier etapa de la sustanciación el interesado podrá reclamar contra los defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de los plazos preceptivamente señalados u omisión de trámite, que puedan subsanarse antes de la resolución definitiva del asunto. La reclamación debidamente fundada, con mención expresa del precepto infringido, deberá presentarse ante el jerarca del organismo, quien previa vista de los funcionarios señalados en el artículo anterior, dispondrá las medidas administrativas o disciplinarias pertinentes.

De la misma manera, en la Ley de Costa Rica se indica que en todo momento podrá reclamarse en queja contra los defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de plazos preceptivamente señalados u omisión de trámites que puedan subsanarse antes de la resolución definitiva del asunto.

La queja debe presentarse ante el superior jerárquico de la autoridad o funcionario que se presuma responsable de la infracción o falta, citándose el precepto infringido y acompañándose copia simple del escrito. Si la queja fuere acogida, se debe amonestar al funcionario que hubiere dado origen a ella y, en caso de reincidencia o falta grave, puede ordenarse la apertura del expediente disciplinario que para tal efecto determine el Estatuto de Servicio Civil (art. 358 y 359).

III. LA LEGITIMACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO Y EL PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO

La consecuencia fundamental del principio del contradictorio en materia de procedimientos administrativos es que en el mismo también existe la noción de parte. Así, en la relación Administración-administrados, ambos extremos son parte en el procedimiento, considerándose parte, también, a todos los otros administrados que puedan resultar afectados por el acto administrativo.

En la Ley peruana se habla de "sujetos del procedimiento", a cuyo efecto, el artículo 50 dispone que son tales: por una parte, los Administrados, es decir, la persona natural o jurídica que, cualquiera sea su calificación o situación procedimental, participa en el procedimiento administrativo; y por la otra, la autoridad administrativa, es decir, el agente de las entidades que bajo cualquier régimen jurídico, y ejerciendo potestades públicas conducen el inicio, la instrucción, la sustanciación, la resolución, la ejecución, o que de otro modo participan en la gestión de los procedimientos administrativos.

La Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, en la misma orientación dispone que puede ser parte en el procedimiento administrativo, además de la Administración, todo el que tenga interés legítimo o un derecho subjetivo que pueda resultar directamente afectado, lesionado o satisfecho, en virtud del acto final; debiendo ser dicho el interés de la parte, actual, propio y legítimo, pudiendo ser moral, científico, religioso, económico o de cualquier otra índole (art. 275).

La noción de parte, por tanto, referida a los administrados, se asimila a la de interesados (art. 22 Ley de Venezuela y art. 9° de la Ley 9.784 de Brasil), y éstos, en definitiva,

son los siguientes: en *primer lugar,* quienes promuevan el procedimiento como titulares de derechos o intereses legítimos (art. 21,1, Ley 19880, Chile); en *segundo lugar,* los que sin haber iniciado el procedimiento, ostenten derechos que puedan resultar directamente afectados por la decisión que en el mismo se adopte (art. 21,2 Ley 19880, Chile); y en *tercer lugar*, aquellos cuyos intereses legítimos, personales y directos puedan resultar afectados por el acto administrativo y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva (art. 23 Ley de Venezuela; art. 55 Ley de Honduras; art. 21,3, Ley 19880, Chile).

Así lo precisa la Ley peruana, al indicar en su artículo 51 que se consideran administrados respecto de algún procedimiento administrativo concreto:

1. Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

2. Aquellos que, sin haber iniciado el procedimiento, posean derechos o intereses legítimos que pueden resultar afectados por la decisión a adoptarse.

Adicionalmente, la Ley de Brasil en su artículo 9° agrega dos tipos de interesados más:

- as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;

- as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.

Se introduce, de esta manera, en la regulación del procedimiento administrativo, las figuras de los representantes de los intereses colectivos y difusos como legitimados para actuar frente a la Administración en sede administrativa.

Por otra parte, debe señalarse que las personas tienen derecho a ser notificados de todo inicio de un procedimiento administrativo, cuando la decisión del mismo "pueda afectar sus derechos e intereses", como lo dice la Ley de Uruguay (art. 17).

Además, el derecho a la defensa en el procedimiento administrativo implica el derecho de todo interesado a hacerse parte en el procedimiento, es decir, cuando éste no se haya iniciado a instancia suya, sino de oficio o a instancia de otra persona, si su interés personal, legítimo y directo o su derecho subjetivo puede resultar lesionado, afectado o satisfecho en el procedimiento. Este derecho a hacerse parte implica el derecho a apersonarse en el procedimiento, en cualquier estado en que se encuentre la tramitación y siempre que en el mismo no hubiere recaído resolución definitiva.

1. *Los interesados*

Puede decirse que la Ley Orgánica de Procedimiento Administrativo, en la regulación concreta del procedimiento administrativo, ha querido depurarlo de trámites inútiles y dilatorios, exigiendo que participen en el procedimiento sólo quienes realmente tienen interés en el asunto que se plantea. Por eso, el derecho de petición que regula el Artículo 2 y que es una concreción del Artículo 51 de la Constitución que lo garantiza, viene, hasta cierto punto, a limitar o restringir la petición desde el punto de vista subjetivo.

En efecto, la Constitución dispone que *todos* tienen el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público, sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos, y además, tienen el derecho de obtener oportuna respuesta. Se trata de un derecho constitucional que se atribuye a todos los habitantes del país. Sin embargo, la Ley de Procedimientos Administrativos restringe el ámbito subjetivo del derecho de petición regulado en la misma, pues conforme al Artículo 2° del texto, son sólo las personas

interesadas quienes podrán dirigir instancias y peticiones ante cualquier organismo, los cuales deben resolver dichas instancias o peticiones. Por tanto, la Ley precisa quiénes son los que de acuerdo a sus regulaciones pueden ejercerlo. No son, en realidad, *todos,* sino sólo las personas interesadas, con lo cual está calificando, subjetivamente, a quienes de acuerdo con su normativa, pueden dirigir una petición ante la Administración a iniciar un procedimiento.

Por tanto, en el procedimiento administrativo, en general, interesado es el que ostenta un interés personal, legítimo y directo en el asunto de que se trate (art. 109.2, Ley del Perú), porque le afecta un derecho subjetivo o su interés personal y legítimo; porque es destinatario de la decisión que se adopte; o porque tiene en relación con el asunto, una especial situación de hecho que permite que su interés o derecho pueda ser afectado.

En general, las leyes de procedimiento administrativo, como hemos visto, se refieren al interesado en términos similares, constituyendo una novedad, como se dijo, la regulación de la Ley de Brasil, al agregar los representantes de los intereses colectivos y difusos (art. 9).

En el caso de Venezuela, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos define al interesado en relación al proceso contencioso-administrativo (arts. 22 y 23), de manera que el interesado en el procedimiento administrativo es quien tenga tal condición de interesado en el proceso contencioso-administrativo, y en la ley que regula el contencioso-administrativo se le da tal carácter al titular de un derecho subjetivo o de un "interés personal, legítimo y directo"[3]. El efecto, el artículo 22 de la Ley Orgánica señala, con precisión, que a los efectos de sus propias regulaciones, se consideran interesados a las personas naturales o jurídicas a las cuales se refieren los Artículos 112 y 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, equivalentes al artículo 21, párrafo 9º de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de 2004, en el cual se regulan los interesados que puedan intentar los recursos contencioso-administrativos de anulación contra los actos administrativos de efectos generales y de efectos particulares.

En consecuencia, si se trata de un acto administrativo de efectos generales, un reglamento por ejemplo, y alguien pretende dirigirse a la Administración para plantear un asunto sobre dicho acto, ese particular debe alegar y probar que ha sido lesionado en sus derechos o intereses. No basta, en efecto, alegar el simple interés incalificado a la legalidad, sino que tiene que haber una lesión de un interés para poder ser parte de un procedimiento administrativo iniciado con motivo de un acto de efectos generales. Por tanto, si por ejemplo, se tratase de un reglamento que regule las funciones de los pilotos marítimos, quien podría reclamar contra el mismo ante la Administración, tendría que ser, por ejemplo, un piloto, un dueño de buque, o un miembro de la marina mercante. En consecuencia, en el caso de que se actúe frente a actos administrativos de efectos generales, algún interés o algún derecho tiene que ser lesionado para poder ser interesado, tal como resulta del Artículo 22 de la Ley de Procedimientos Administrativos y del artículo 21, párrafo 9º de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

---

3 Sobre el concepto de interés legítimo véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana,* Caracas 1964, p. 347 y ss.; Allan R. Brewer-Carías, "Las condiciones de recurribilidad de los actos administrativos en vía contencioso-administrativa" en *Revista del Ministerio de Justicia,* Nº 54, Caracas 1966, p. 83 y ss.; Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo,* Caracas 1978, p. 688 y ss.

En cuanto a la jurisprudencia véase en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo,* Tomo III, Vol. I, Caracas 1976, p. 149 y ss.; y en Mary Ramos Fernández, "Jurisprudencia Administrativa y Constitucional" en *Revista de Derecho Público,* Nº 5, Caracas 1981, p. 110.

Pero si se trata de un acto administrativo de efectos particulares, es decir, de una manifestación de voluntad concreta de la Administración, individualizada, el interés exigido es de otra naturaleza y el Artículo 21, párrafo 9º de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 121 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia) exige que sea un interés personal, legítimo y directo, es decir, aquel interés individualizado, especialmente protegido por el ordenamiento que le permite a un particular reclamar contra un acto administrativo, cuando él sea el destinatario del acto o cuando se encuentre en una especial situación de hecho frente a la acción administrativa, que hace que ella lo lesione directamente.

En esta forma, como se ha dicho, puede decirse que en la Ley Orgánica existe una restricción al derecho de petición, pues la petición consagrada en el Artículo 51 de la Constitución sólo se garantiza como derecho a los interesados, en los términos del Artículo 22 de la Ley y del artículo 21, párrafo 9º de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Debe destacarse, sin embargo, que en jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia sentada con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, se ha considerado que conforme a su regulación del derecho de acceso a la justicia (art. 26), basta que el interés sea legítimo para tener la legitimación activa en las acciones de nulidad de actos administrativos no siendo necesario que el interés sea directo y personal. En Venezuela, en efecto, se ha establecido en la Constitución la protección de los intereses colectivos y difusos (arts. 26; 280 y 281,2), con lo que sin duda, las organizaciones que representen dichos intereses también tendrían el carácter de interesados en el procedimiento administrativo, tal como lo regula expresamente la Ley de Brasil. En el mismo sentido se regula, además, en la Ley 19880 de Chile, cuyo artículo 21 considera como interesados en el procedimiento administrativo a:

1. Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos.

2. Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

3. Aquéllos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

En Colombia puede decirse que se ha llegado a la misma precisión que en Venezuela, pero por vía jurisprudencial, porque el Código, en su parte contenciosa no es tan estricto en la definición del interés personal, legítimo y directo como legitimación para actuar, incluso, sólo habla de interés simple o simple interés. Por ello, ha sido la jurisprudencia la que ha precisado la legitimación para actuar en el contencioso respecto de aquél quien se vea afectado en su derecho subjetivo o en su interés personal, legítimo y directo por un acto administrativo.

Los interesados, por supuesto, pueden realizar todas las actuaciones que estimen necesarias en el procedimiento, siempre que no estén prohibidas (art. 54.1, Ley del Perú); y gozan de todos los derechos de los administrados frente a la Administración y sus funcionarios.

Por último, debe mencionarse que la condición de interesado no necesariamente tiene que tenerse desde el principio del procedimiento. Para que se considere que una persona es interesada, no necesariamente tiene que haber sido peticionaria y haber iniciado el procedimiento, ya que la Ley expresamente extiende la condición de interesado, conforme al Artículo 23, a quienes ostenten las condiciones de titularidad o legitimidad requeridas, aun cuando no hubieren intervenido en la iniciación del proceso, por lo que pueden, sin embar-

go, en todo caso, apersonarse en el procedimiento posteriormente, en cualquier estado en que se encuentre la tramitación. Por tanto, si alguien inició un procedimiento, y, el procedimiento está en curso, cualquier otra persona que se considere interesada y que haya sido lesionada, por ejemplo, en su interés personal, legítimo y directo, puede, en cualquier momento, acudir y hacerse parte en el procedimiento y alegar defensas y presentar pruebas. En este caso, la Ley es más amplia, apartándose de la rigidez del procedimiento ordinario civil.

2. *Los interesados y la capacidad*

Por tanto, el interesado, de acuerdo a la Ley, es una persona natural o jurídica, que tenga la titularidad adecuada, derivada de un interés personal, legítimo y directo o de un derecho subjetivo, en su caso. Las condiciones de esas personas naturales o jurídicas para actuar en el campo del derecho, es decir, sus condiciones de capacidad jurídica son esenciales en materia de derecho administrativo para que puedan actuar válidamente frente a la Administración. Sin embargo, ellas no están ni podrían estar reguladas en la Ley Orgánica, la cual, por supuesto, remite en su Artículo 24 al Código Civil en cuanto a esa regulación de las condiciones relativas a la capacidad jurídica de los administrados. La capacidad, por tanto, es la regulada en el derecho civil, derivada de la mayoría en las personas naturales o la existencia de la personalidad jurídica en el caso de las personas morales de acuerdo al Código Civil o al Código de Comercio. La Ley, en consecuencia, no entra a considerar los aspectos concretos de la capacidad jurídica, pero, sin embargo, al remitir al derecho común, dice, "salvo disposición expresa de la Ley".

Esta aclaratoria tiene interés pues la ley, en muchos casos, condiciona la capacidad jurídica de los administrados. Por ejemplo, si bien la mayoría de edad en el Código Civil se produce a los 21 años y, en principio, para que cualquier persona pueda dirigirse a la Administración debe ser mayor de edad, si se trata de un problema electoral, dado que el derecho al sufragio lo tienen los mayores de 18 años, bastaría esa edad para iniciar un procedimiento ante el Consejo Nacional Electoral, reclamando algo por ejemplo sobre la inscripción electoral. Esa persona, aun cuando no sea capaz civilmente, sí lo es en materia administrativa, en virtud de que el Artículo 64 de la Constitución da la condición de elector a los 18 años. Por ello, incluso, la Ley 19880 de Chile expresamente le otorga capacidad para actuar ante la Administración a los menores de edad "para el ejercicio y defensa de aquellos derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo, sin la asistenta de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela" (Art. 20).

En la misma forma, la ley, por razón de la edad, del sexo o de la condición social, puede establecer elementos condicionantes de la capacidad, que permitirían tener la condición de interesados. En efecto, habrá ciertas peticiones que sólo pueden presentar las mujeres y que no pueden presentar los hombres, como son las que se refieren a derechos de prestaciones por maternidad. Por otra parte, puede haber determinadas peticiones relativas a decisiones administrativas que van a beneficiar a ciertos grupos sociales. Por ejemplo, la Constitución regula los derechos de los pueblos indígenas e impone al Estado deberes de protección (Artículos 127 y ss.) y si hay medidas establecidas a favor de los indígenas, los interesados tendrán que tener la condición de indígenas. Por otra parte, no basta la capacidad derivada de la mayoría de edad, para pretender por ejemplo un derecho de la Administración que derive del artículo 307 respecto de la población campesina. En todos estos casos habría un condicionamiento legal especial a la capacidad general que establece el Código Civil.

3. *La representación*

Ahora bien, los interesados pueden participar en el procedimiento en dos formas: sea personalmente, como principio general, y necesariamente, de acuerdo al Artículo 25 de la Ley Orgánica, cuando sea expresamente requerida su comparecencia personal; o mediante un representante, y en tal caso, la Administración puede entenderse con el representante designado.

En consecuencia, otra regulación de interés concerniente a los interesados es la que se refiere a la representación. La Ley 19880 de Chile establece la necesidad de que los apoderados sean constituidos mediante escritura pública (art. 22); pero la tendencia puede decirse que es hacia la simplificación de la representación en materia administrativa. En algunos casos, las leyes de procedimiento administrativo remiten a los requisitos del derecho común; en otros, establecen principios menos formalistas que los establecidos en materia civil o procesal civil.

En Venezuela, por ejemplo, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos permite que en todos los casos en que no se requiera la comparecencia personal del interesado, los administrados pueden hacerse representar mediante simple designación en la petición o recurso ante la Administración, sin perjuicio de que tal representación se pueda acreditar también por documento autenticado (arts. 25 y 26). Esta representación del interesado puede hacerse de dos formas de acuerdo al Artículo 26 de la Ley: puede acreditarse, primero, mediante documento registrado o autenticado, y particularmente mediante poder otorgado con las formalidades del Código de Procedimiento Civil; o puede simplemente en la solicitud, indicarse quién será el representante. En esta forma, y al contrario de lo que sucede en materia procesal civil, la Ley de Procedimientos Administrativos es mucho más flexible, pues no sólo exige para la representación el poder autenticado o registrado, sino que permite la designación del representante del interesado mediante la simple designación del mismo, en la petición o recurso ante la Administración. Esto tiene enorme importancia pues desrigidiza el procedimiento administrativo. Anteriormente, para que alguien representara a un particular ante la Administración, debía hacerlo, en principio, igual a como se hace en el procedimiento ordinario, es decir, presentando un poder y acreditando tal representación.

Por supuesto, sea cual sea la forma como se designe al representante, de acuerdo al Artículo 27 de la Ley, el hecho de designarlo no impide la intervención personal del interesado, directamente ante la Administración y, por supuesto, no exime al interesado de la obligación que pueda tener, en algún momento, de comparecer personalmente si es que debe hacerlo en esa forma.

Por otra parte, debe señalarse que la representación, de acuerdo a estos Artículos 25 y siguientes de la Ley Orgánica, implica que la Administración puede entenderse con el representante. Sin embargo, ello no es absoluto, porque la Ley, en el Artículo 75 que se refiere a la notificación, varía la concepción que regula en esos Artículos 25 y siguientes. En efecto, allí se establece que cuando deba notificarse un acto administrativo a un interesado, la notificación debe hacerse en el domicilio o residencia del interesado, y además, agrega, en la del apoderado, pero no se refiere al representante simple. Por tanto, con el representante simple designado en el escrito de petición o recurso puede entenderse la Administración, salvo en lo que se refiere a la notificación, la cual no puede hacerse sino al interesado o a su apoderado designado mediante poder otorgado de acuerdo al Código de Procedimiento Civil.

Esto, sin duda, ha sido una inadvertencia del Legislador, porque de acuerdo a las normas del 25 y siguientes, debió también establecerse, que la notificación podía hacerse ante el representante simple.

Sin embargo, a la Ley hay que darle el sentido que tiene, y ante esta regulación del Artículo 75, no puede haber notificación válida hecha al representante, sino sólo la realizada en la residencia o domicilio del interesado o de su apoderado.

Ahora bien, conforme a esta orientación, en general, en las leyes de procedimiento administrativo de América Latina la representación del legitimado o del interesado no necesita la formalidad de la representación que se pueda exigir en materia de procedimiento judicial ordinario, es decir, no es necesario un poder autenticado para ejercer la representación de un particular legitimado ante la Administración. Así se regula, por ejemplo, en la Ley de Uruguay (arts. 24, 82 y 156), en la del Perú (art. 115) y en el Reglamento de la Comunidad Andina (arts. 25 y 26), textos que sólo exigen una representación simple, sin poder, con su sola indicación ante el funcionario, sin que sea necesaria, ni siquiera, la condición de abogado del representante. En este sentido el Reglamento de la Comunidad Andina resume la situación así:

> *Artículo 25*. Cuando la Secretaría General no requiera expresamente la participación personal de los interesados, éstos podrán hacerse representar en los procedimientos administrativos y, en tal caso, se entenderá con el representante que designe el interesado.
>
> La representación podrá ser otorgada por simple designación en comunicación escrita dirigida por el interesado a la Secretaría General.
>
> La designación de representante no impedirá la intervención de quien se hubiera hecho representar.
>
> Esta flexibilización de la representación viene a constituir, entonces, una garantía para la formulación de peticiones y para la participación de los administrados ante la Administración.

En contraste con esta flexibilización general, sin embargo, la Ley de Honduras prescribe la necesidad de poder autenticado y la condición de abogado de los representantes en los procedimientos administrativos (art. 56).

4. *La participación y la notificación a los terceros interesados*

Por otra parte, en relación a la noción de parte en el procedimiento administrativo, en algunas leyes como la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, se regula la figura del coadyuvante administrativo, referida a aquellos que sólo están indirectamente interesados en el acto final o en su denegación o reforma, aunque su interés sea derivado, o no actual, en relación con el que es propio de la parte a la cual coadyuva (art. 226). En estos casos, el coadyuvante lo puede ser tanto del promotor del expediente como de la Administración o de la contraparte (art. 227), y no podrá pedir nada para sí, ni podrá cambiar la pretensión a la que coadyuva. Puede, sin embargo, hacer todas las alegaciones de hecho y de derecho, y usar todos los recursos y medios procedimentales para hacer valer su interés excepto en lo que perjudique al coadyuvado (art. 278).

Se establece, en esta forma, el derecho del tercero interesado en participar en el procedimiento administrativo. Por tanto, si en el curso del procedimiento hay la evidencia de que hay terceras personas interesadas, la Administración está en la obligación de convocarlas.

Esto se regula, con precisión, en la Ley peruana, al disponer su artículo 60 respecto de los "terceros administrados", que si durante la tramitación de un procedimiento es advertida la existencia de terceros determinados no comparecientes cuyos derechos o intereses legítimos puedan resultar afectados con la resolución que sea emitida, dicha tramitación y lo actuado les deben ser comunicados mediante citación al domicilio que resulte conocido,

sin interrumpir el procedimiento. Si se trata de terceros administrados no determinados, la citación debe ser realizada mediante publicación o, cuando corresponda, mediante la realización del trámite de información pública o audiencia pública, conforme a esta Ley. En todo caso, los terceros pueden apersonarse en cualquier estado del procedimiento, teniendo los mismos derechos y obligaciones de los participantes en él.

En el caso colombiano, el Código exige, para la convocatoria de los terceros interesados, la publicidad en un periódico de amplia circulación nacional o local, según el caso (art. 15).

5. *El principio de igualdad*

En relación con los interesados, otro principio evidente que rige en el procedimiento administrativo es el principio de la igualdad. A pesar de que no se encuentra expresamente establecido en las leyes de procedimiento, el principio deriva del régimen constitucional del derecho de la igualdad. Sin embargo, debe destacarse la norma del Reglamento de la Secretaría General de la Comunidad Andina, que dice:

> *Artículo 5*. En virtud del principio de igualdad de trato a las partes, la Secretaría General deberá asegurar y garantizar los derechos de todos los interesados, incluyendo el de poder participar activamente en todo procedimiento que les concierna, sin ningún género de discriminación.

6. *Los deberes de los administrados*

Los interesados no sólo tienen el derecho a participar en los procedimientos administrativos; también tienen deberes, entre los cuales están los que destaca la reciente Ley de Brasil, en su artículo 4°, así:

> I. expo os fatos conforme a verdade;
>
> II. proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé;
>
> III. não agir de modo temerário;
>
> IV. prestar as informações que Lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.

En la Ley del Perú, también se regulan los deberes de los administrados en el procedimiento administrativo, enumerándose en el artículo 56, los siguientes:

> 1. Abstenerse de formular pretensiones o articulaciones ilegales, de declarar hechos contrarios a la verdad o no confirmados como si fueran fehacientes, de solicitar actuaciones meramente dilatorias, o de cualquier otro modo afectar el principio de conducta procedimental.
>
> 2. Prestar su colaboración para el pertinente esclarecimiento de los hechos.
>
> 3. Proporcionar a la autoridad cualquier información dirigida a identificar a otros administradores no comparecientes con interés legítimo en el procedimiento.
>
> 4. Comprobar previamente a su presentación ante la entidad, la autenticidad de la documentación sucedánea y de cualquier otra información que se ampare en la presunción de veracidad.

En cuanto al deber de información, en particular, la misma Ley del Perú dispone que en los procedimientos investigatorios, los administrados están obligados a facilitar la información y documentos que conocieron y fueren razonablemente adecuados a los objetivos de la actuación para alcanzar la verdad material, en la instrucción del expediente (art. 57).

7. *El desistimiento, la renuncia, la perención y la caducidad del procedimiento*

El último aspecto de regulación del principio de la participación en las leyes de procedimiento administrativo se refiere al derecho del interesado de desistir de sus peticiones o de renunciar a su derecho ante la Administración.

El principio, en efecto, se recoge en todas las leyes. Por ejemplo, en la de Honduras se dispone que en cualquier momento la parte interesada puede desistir de su petición, lo cual deberá formular por escrito ante el órgano competente para resolver (art. 76). En sentido similar se establece en la Ley 19880 de Chile, Art. 42), en el Código colombiano (art. 8), en la ley de Brasil (art. 51), en la Ley mexicana (art. 57) y en la de Venezuela (art. 63); agregando la Ley de Costa Rica, también, el derecho de los interesados en renunciar a su derecho (art. 337) o a los "derechos disponibles" como lo indica la Ley de Brasil (art. 51).

En algunos casos se prevén regulaciones bastante extensas, como en Uruguay (arts. 86-90) donde se exige que la Administración acepte el desistimiento, similar a la homologación procesal de una acción, en la siguiente forma:

Artículo 88. La Administración aceptará de plano el desistimiento o la renuncia y declarará concluido el procedimiento, salvo lo previsto en el artículo 86, o que se hubieren presentado en el mismo tercero interesados que insten a su continuación, en el plazo de diez días a contar de la vista que del desistimiento otorgará la Administración.

Si la cuestión en trámite fuese de interés general, la Administración seguirá el procedimiento de oficio.

De esta norma, implícitamente se infiere que la Administración podría, en algunos supuestos, negar el desistimiento. Y esto se hace evidente en el segundo párrafo, cuando indica que una vez desistido el procedimiento la Administración puede, de oficio, abrirlo en cualquier momento. Pero lo que no puede hacer la Administración, es no aceptar el desistimiento o renuncia que haga una persona de su petición.

La posibilidad de que la Administración continúe el procedimiento a pesar del desistimiento o de la renuncia cuando esté envuelto una cuestión de interés general se acepta expresamente en el Código Colombiano, el cual exige una resolución motivada (art. 8), y en las Leyes de Costa Rica (art. 339,3), de Honduras (art. 77), de Venezuela (art. 66) y de Brasil (art. 51,2).

En todo caso, el desistimiento sólo afecta a los interesados que lo formulen (art. 338 Ley de Costa Rica), sin que esta renuncia o desistimiento pueda lesionar el derecho de otros interesados en el procedimiento. Este principio, cuando hay pluralidad de interesados, se recoge también en las leyes de Venezuela (art. 63) y de Honduras (art. 78).

En la última de las leyes de procedimientos administrativos, que es la del Perú, se recogen todos estos principios del desistimiento del procedimiento administrativo, en forma detallada, de la siguiente manera:

Artículo 189. Desistimiento del procedimiento o de la pretensión

189.1 El desistimiento del procedimiento importará la culminación del mismo, pero no impedirá que posteriormente vuelva a plantearse igual pretensión en otro procedimiento.

189.2 El desistimiento de la pretensión impedirá promover otro procedimiento por el mismo objeto y causa.

189.3 El desistimiento sólo afectará a quienes lo hubieren formulado.

189.4 El desistimiento podrá hacerse por cualquier medio que permita su constancia y señalando su contenido y alcance. Debe señalarse expresamente si se trata de un desistimiento de la pretensión o del procedimiento. Si no se precisa, se considera que se trata de un desistimiento del procedimiento.

189.5 El desistimiento se podrá realizar en cualquier momento antes de que se notifique la resolución final en la instancia.

189.6 La autoridad aceptará de plano el desistimiento y declarará concluido el procedimiento, salvo que, habiéndose apersonado en el mismo terceros interesados, instasen éstos su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento.

La autoridad podrá continuar de oficio el procedimiento si del análisis de los hechos considera que podría estarse afectando intereses de terceros o la acción suscitada por la iniciación del procedimiento extrañase interés general. En ese caso, la autoridad podrá limitar los efectos del desistimiento al interesado y continuará el procedimiento.

IV. EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCEDIMIENTO Y EL DERECHO A LA DEFENSA

El procedimiento administrativo, a pesar de la informalidad, debe garantizar la situación jurídica de los administrados, conforme a las reglas del debido proceso o debido procedimiento, las cuales tienen primacía ante los demás principios.

La expresión "debido proceso" puede decirse que comenzó a tomar cuerpo, en sus inicios, en Argentina y Uruguay por la traducción del término *due process*; por ello, la expresión "debido proceso" está acuñada sólo en las leyes de Argentina y de Uruguay. Por ejemplo, en la ley uruguaya se establece que:

> *Artículo 5.* Los interesados en el procedimiento administrativo gozarán de todos los derechos y garantías inherentes al debido proceso de conformidad con lo establecido por la Constitución de la República, las leyes y las normas de Derecho Internacional aprobadas por la República.

Estos derechos implican un procedimiento de duración razonable que resuelva sus pretensiones.

En esta forma, el principio del debido proceso es una expresión legal. De la misma manera sucede en Argentina, cuya Ley lo califica como el "derecho de los interesados al debido proceso adjetivo" (art. 1.f).

En cambio, en el resto de las legislaciones latinoamericanas se habla del derecho a la defensa. Como textualmente lo indica la Ley General de Costa Rica:

> El derecho de defensa deberá ser ejercido por el administrado en forma razonable. La Administración podrá excepcionalmente limitar su intervención a lo prudentemente necesario y, en caso extremo exigirle el patrocinio o representación de un abogado, sin llegar a la supresión de los derechos de audiencia y defensa antes consagrados, fuera del caso de urgencia previsto por el artículo 219 (art. 220).

En Venezuela, la Constitución incluye al derecho a la defensa, dentro de la garantía del debido proceso (art. 49), tanto en los procedimientos judiciales como en los procedimientos administrativos; al contrario de la mayoría de las Constituciones que regulan el derecho a la defensa básicamente en el área judicial, es decir, en la misma norma donde se regula el derecho de acceso a la justicia.

Ahora bien, este principio del debido procedimiento puede analizarse estudiando los siguientes principios fundamentales: en *primer lugar*, el principio del contradictorio; en *segundo lugar*, el derecho a la defensa en el procedimiento administrativo, en concreto; en *tercer lugar*, el principio de la gratuidad; en *cuarto lugar*, el principio de la motivación de los actos administrativos, que es parte del tema del régimen de los actos administrativos pero su enfoque, en las leyes, lo configura más como un mecanismo de garantía del derecho a la defensa, que de la pura racionalización administrativa; en *quinto lugar*, el principio de la confianza legítima, que empieza a tomar cuerpo en las leyes de procedimiento administrativo conforme a la doctrina europea y, *por último*, el tema de la garantía de la tutela judicial efectiva y su relación con el principio del agotamiento de la vía administrativa, tema clásico en las regulaciones del contencioso administrativo y del procedimiento administrativo.

1. *El principio del contradictorio*

La primera de las garantías del debido proceso o debido procedimiento deriva del principio del contradictorio que también rige en el procedimiento administrativo, que no es más que la necesaria confrontación de criterios que debe existir antes de que la Administración decida, entre la Administración y los administrados e, incluso, en muchos casos, entre varios administrados. En tal sentido, la Ley 19880 de Chile se refiere en su artículo 10 al "principio de contradictoriedad" disponiendo lo siguiente:

> *Artículo* 10. Principio de contradictoriedad. Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio.

Los interesados podrán, en todo momento, alegar defectos de tramitación, especialmente los que supongan paralización, infracción de los plazos señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto. Dichas alegaciones podrán dar lugar, si hubiere razones para ello, a la exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria.

Los interesados podrán, en todo caso, actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses.

En cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento.

Por supuesto, el procedimiento administrativo ya no es sólo un procedimiento que se refiere a una relación jurídica entre la Administración y un particular, como era la formula clásica de realización de la actuación de la Administración, unilateralmente, en relación a un particular. Al contrario, cada vez con más frecuencia los conflictos que van a resolverse en un procedimiento administrativo son de carácter interprivado o interinteresados, en los cuales la Administración, muchas veces actúa como un árbitro (ya no sólo como juez y parte). Por ejemplo, la oposición a un registro en el campo de la propiedad industrial; o una denuncia en relación a prácticas contrarias a la competencia, en definitiva, originan conflictos entre partes interesadas, en los cuales la Administración decide de acuerdo a la legalidad, si la actuación privada está o no ajustada a la norma en cuestión que la rige. En estos casos, en definitiva, lo importante es destacar que se trata de un conflicto entre particulares. Por eso adquiere tanta importancia el principio del contradictorio, lo que ha llevado, incluso, a la Ley peruana a regular como procedimiento especial, el denominado "procedimiento trilateral", definido como "el procedimiento administrativo contencioso seguido entre dos o más administrados ante las entidades de la administración" (art. 219,1).

En todo caso, como lo declara expresamente el Código colombiano "en virtud del principio de contradicción, los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir esas decisiones por los medios legales. (art. 3).

Habría que agregarle a esta norma, que además de poder controvertir las decisiones de la Administración, los particulares también pueden controvertir las posiciones que otros particulares puedan tener en el conflicto que se desarrolla ante la Administración.

Por tanto, el contradictorio es el principio que permite a cualquier particular interesado intervenir en el procedimiento como contraparte del iniciador, como coadyuvante del interesado que lo inicia e, incluso, como coadyuvante de la propia Administración, cuando se trate de un procedimiento en el cual la Administración está enfrentada al propio particular. Es por ello que cuando los derechos o intereses de los particulares puedan resultar afectados por el acto administrativo, la contradicción es la garantía del derecho a la defensa.

2. *El derecho a la defensa*

A. *La garantía de la defensa*

Entre las motivaciones centrales del proceso de codificación del procedimiento administrativo en América Latina, sin duda está el garantizar efectivamente el derecho a la defensa, el cual, con razón, ha sido como un derecho «tan viejo como el mundo»[4] y, por tanto, es un derecho inherente a la persona humana.

Su formulación jurisprudencial histórica se la sitúa en el famoso *Caso Dr Bentley's*, decidido en 1723 por una Corte inglesa, en el cual el Juez Fortescue, al referirse al mismo como un principio de *natural justice*, señaló:

> The objection for want of notice can never be got over. The laws of God and men both give the party an opportunity to make his defence, if he has any. I remember to have heard it observed an occasion, that even God himself did not pass sentence upon Adam before he was called upon to make his defense, "Adam (says God) where are thou? Hast thou not eaten of the tree whereof I commanded thee that thou shuldest not eat?. And the same question was put to Eve also. (*Dr. Bentley's case: The King v. The Chancellor, Ec., of Cambridge* (1723), Stra. 557[5].

En dicha decisión se resolvió que el *Chancellor* de la Universidad de Cambridge, Dr. Bentley, no podía haber sido desprovisto de sus títulos o grados académicos, sin habérsele informado previamente de los cargos formulados en su contra y sin habérsele dado la oportunidad de responderlos. De ahí surgió la formulación judicial del principio del derecho a la defensa en el derecho inglés, como uno de los principios de *natural justice*, tan viejo como el mundo.

En el mundo contemporáneo, muchas Constituciones consagran el derecho a la defensa como un derecho constitucional. En este sentido, el artículo 49,1, de la Constitución de Venezuela de 1999 establece que:

La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa.

---

4. Michael Stassinopoulos, *Le droit de la défense devant les autorités administratives*, París, 1976, p. 50.

5 Véase las referencias en *Cooper v. The Board of Works for Wandsworth District* (1863), 14. C.B. (n.s.) 180, en S. H. Bailey, C. A. Cross y J. F. Garner, *Cases and materials in Administrative Law*, London, 1977, pp. 348-351).

Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.

Por otra parte, de acuerdo a jurisprudencia reiterada de la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela (en Sala Político Administrativa), este derecho de defensa "constituye una garantía inherente a la persona humana y es, en consecuencia, aplicable en cualquier clase de procedimientos que puedan derivar en una condena"[6]. Pero aún en ausencia de tales declaraciones, tradicionalmente se lo ha garantizado no sólo en la vía jurisdiccional, sino ante la Administración. Por ello, incluso, en el artículo 49,1 de la Constitución de Venezuela se indica que "el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas".

Ahora bien, en materia de procedimiento administrativo, el derecho a la defensa ha tenido múltiples desarrollos de manera que, incluso, se habla de "los derechos de la defensa", cuyos principios han sido objeto de una amplia regulación en las leyes de procedimiento administrativo de América Latina.

De eso se trata la estructuración de un procedimiento administrativo: por una parte, garantizar la eficacia de la actividad administrativa; pero por la otra, garantizar los derechos de los particulares. De allí todo el conjunto de normas que traen las leyes de procedimiento administrativo referentes al derecho que tiene todo particular a ser oído, de hacerse parte, de poder promover pruebas, de tener acceso al expediente, de ser informado. Se trata en definitiva del derecho de ejercer todos los medios para su defensa. Como lo precisa el artículo 161 de la Ley del Perú:

> *161.1* Los administrados pueden en cualquier momento del procedimiento, formular alegaciones, aportar los documentos u otros elementos de juicio, los que serán analizados por la autoridad, al resolver.
>
> *161.2* En los procedimientos administrativos sancionadores, o en caso de actos de gravamen para el administrado, se dicta resolución sólo habiéndole otorgado un plazo perentorio no menor de cinco días para presentar sus alegatos o las correspondientes pruebas de descargo.

En materia administrativa, con razón, el derecho a la defensa se ha considerado no sólo como una exigencia del principio de justicia, sino también del principio de eficacia "porque asegura un mejor conocimiento de los hechos, contribuye a mejorar la Administración y garantiza una decisión más justa"[7].

Como lo ha expresado la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela:

> El derecho a la defensa debe ser considerado no sólo como la oportunidad para el ciudadano encausado o presunto infractor de hacer oír sus alegatos, sino como el derecho de exigir del Estado el cumplimiento previo a la imposición de toda sanción, de un conjunto de actos o procedimientos destinados a permitirle conocer con precisión los hechos que se le imputan y las disposiciones legales aplicables a los mismos, hacer oportunamente alegatos en su descargo y promover y evacuar pruebas que obren en su favor. Esta perspectiva del derecho a la defensa es equiparable a lo que en otros Estados de Derecho ha sido llamado como el principio del debido proceso[8].

---

6 Sentencia de 23 de octubre de 1986, *Revista de Derecho Público*, Nº 28, Caracas, 1986, pp. 88-89.

7 Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (Venezuela) de 15 de mayo de 1986, *Revista de Derecho Público*, núm. 26, Caracas, 1986, p. 110.

8 Sentencia de 17 de noviembre de 1983, Sala Político-Administrativa, *Revista de Derecho Público*, núm. 16, Caracas, 1983, p. 151.

Todo esto configura, en términos generales, el debido procedimiento adjetivo o el derecho a la defensa, cuyo desarrollo en la legislación tiene varios aspectos fundamentales.

B. *El derecho a hacerse parte*

Además del derecho a ser notificado, el derecho a la defensa en el procedimiento administrativo implica el derecho de todo interesado a hacerse parte en el procedimiento, es decir, cuando éste no se haya iniciado a instancia suya, sino de oficio o a instancia de otra persona, si su interés personal, legítimo y directo o su derecho subjetivo puede resultar lesionado, afectado o satisfecho en el procedimiento[9].

Este derecho a hacerse parte implica el derecho a apersonarse en el procedimiento, en cualquier estado en que se encuentre la tramitación[10] y siempre que en el mismo no hubiese recaído resolución definitiva[11].

C. *El derecho a ser notificado (el régimen de las notificaciones)*

Aparte de las notificaciones como elemento para el inicio de los efectos del acto administrativo, en el curso del procedimiento se deben producir diversas notificaciones, a las cuales tiene derecho el administrado interviniente. Por ejemplo, la Ley General de Costa Rica señala que:

Todo acto de procedimiento que afecte derechos o intereses de las partes o de un tercero, deberá ser debidamente comunicado al afectado, de conformidad con esta Ley (art. 239).

La Ley de Brasil también dispone que:

> *Art. 28*. Devem ser objeto de intimação os atos do porcesso que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercicio de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.

Por tanto, cada vez que haya un acto de procedimiento que pueda afectar derechos de los particulares, la Administración debe notificárselos (art. 104,2, Ley del Perú).

Por supuesto, la primera manifestación de este derecho se plantea al iniciarse el procedimiento, sea de oficio o a instancia de parte. Como lo regula el Código colombiano:

Cuando de una petición o de los registros que lleve una autoridad, resulte que hay terceros determinados que pueden estar directamente interesados en las resultas de la decisión, se les citará para que puedan hacerse parte y hacer valer sus derechos... En el acto de citación se dará a conocer claramente el nombre del peticionario y el objeto de la petición (art. 14).

En la Ley de Uruguay, se insiste en el mismo derecho así:

> Si de la petición resulta que la decisión puede afectar derechos o intereses de otras personas, se les notificará lo actuado a efectos de que intervengan en el procedimiento, declarando lo que les corresponda. En caso de comparecer deben hacerlo en la misma forma que el peticionario y tendrán los mismos derechos que este (art. 10).

---

9. Art. 275 LGAP Costa Rica.

10. Art. 23 LOPA España.

11. Art. 23 LPA España

En esta materia hay extensas regulaciones en algunas leyes, como por ejemplo, en la Ley General de Costa Rica, en la que se encuentra un gran número de artículos que con gran detalle regulan la forma de comunicación de los actos del procedimiento, la forma de las citaciones o la forma de las notificaciones (art. 239 a 254).

Por tanto, el tema de la notificación no sólo es regulado como exigencia del comienzo de la eficacia de los actos administrativos, sino como garantía de que toda actuación que en el curso del procedimiento pueda causar un gravamen irreparable o que pueda afectar en alguna forma a los interesados, debe informárseles. Por tanto, decisiones para dar audiencia a los interesados o sobre la apertura o evacuación de pruebas, conforme a la Ley de Uruguay (art. 91), deben ser notificadas a los interesados.

De lo anterior resulta, en consecuencia, que cada vez que en el curso de un procedimiento administrativo surjan nuevos elementos que deben ser objeto de la decisión, porque por el principio de la globalidad de la decisión debe considerarse todo lo que surja en el procedimiento, y estos hechos no estén en la petición original, deben ser notificados al particular o particulares interesados, así sea de oficio por la Administración, a los efectos de que puedan argumentar y ejercer su derecho a la defensa. La Ley mexicana expresamente se refiere a esta situación de nuevos hechos que surjan del expediente y que, por lo tanto, deben ser notificados al particular así:

Artículo 96. Cuando hayan de tenerse en cuenta nuevos hechos o documentos que no obren en el expediente original derivado del acto impugnado, se pondrá de manifiesto a los interesados para que, en un plazo no inferior a cinco días ni superior a diez, formulen sus alegatos y presenten los documentos que estimen procedentes.

No se tomarán en cuenta en la resolución del recurso, hechos, documentos o alegatos del recurrente, cuando habiendo podido aportarlos durante el procedimiento administrativo no lo haya hecho.

D. *El derecho de acceso al expediente administrativo*

La tercera de las manifestaciones del derecho a la defensa es el derecho de los interesados a tener acceso al expediente[12]. Este derecho tiene varias manifestaciones en la legislación sobre procedimientos administrativos, regulándose expresamente todas las leyes: la Ley General de Costa Rica (arts. 217, 272-274); la Ley venezolana (art. 59); la Ley de Uruguay (arts. 12 y 79); el Código de Colombia (art. 29); la Ley mexicana (arts. 33 y 34) y el Reglamento de la Comunidad Andina (art. 19).

Se trata, por tanto, de una regulación constante en las leyes de procedimiento administrativo de América Latina que implica el derecho a examinar el expediente en el estado en que se encuentre, el derecho a obtener copias del mismo, el derecho a leerlo y consultarlo; e, incluso, en el caso de Uruguay, el derecho del interesado de retirar el expediente de la Oficina para su estudio, siempre que el retiro no represente un obstáculo para el trámite normal del procedimiento (art. 79). Por supuesto, el retiro del expediente se hace bajo la responsabilidad del abogado patrocinante, de manera que no podrá hacerlo el interesado directamente sino a través de su representante y sólo por un lapso de días que no debe exceder de dos (art. 79). De todas formas, se trata de una regulación excepcional.

De estas regulaciones, en todo caso, se destacan los siguientes derechos:

---

[12]. Art. 216 LGAP Costa Rica.

En primer lugar, los interesados en un procedimiento administrativo tienen derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación del expediente, recabando la oportuna información de las oficinas correspondientes (art. 62).

En segundo lugar, el derecho a tener acceso al expediente administrativo exige, como garantía, el derecho a la unidad del expediente administrativo, en el sentido de que éste físicamente debe ser uno solo. Por ello el principio establecido en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, en cuanto a la obligación impuesta a la Administración de que:

> «de cada asunto se formará expediente y se mantendrá la unidad de éste y de la decisión respectiva, aunque deba intervenir en el procedimiento oficinas de distintos Ministerios o Institutos Autónomos (art. 31).

Agrega dicha Ley que:

> «iniciado el procedimiento se procederá a abrir expediente en el cual se recogerá toda la tramitación a que dé lugar el asunto. De las comunicaciones entre las distintas autoridades, así como de las publicaciones y notificaciones que se realicen, se anexará copia al expediente».

En tercer lugar, como lo establece la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, los interesados y sus representantes tienen el derecho de examinar en cualquier estado o grado del procedimiento el expediente administrativo en su totalidad (art. 59). Se exceptúa, sin embargo, el supuesto ya comentado de los documentos calificados como confidenciales por el superior jerárquico, los cuales, en consecuencia, pueden ser archivados en cuerpos separados del expediente[13].

En cuarto lugar, el derecho de tener acceso al expediente implica también el derecho de los interesados de leer y copiar cualquier documento contenido en el expediente. Así como de pedir copia certificada del mismo[14].

E. *El derecho de audiencia (el derecho a ser oído)*

Además del derecho a ser notificado, a hacerse parte y a tener acceso al expediente administrativo, la manifestación más importante del derecho a la defensa es el derecho a ser oído, a cuyo efecto la Administración, antes de decidir un asunto que pueda afectar derechos o intereses de un administrado, debe darle audiencia. Es el principio conocido como *audi alteram partem*, que en materia administrativa significa la obligación para la Administración de oír previamente a los interesados. Por ello, el artículo 35 del Código colombiano exige que la decisión se adopte sólo "habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones".

El principio, incluso, en cuanto a las actuaciones administrativas, tiene rango constitucional en Venezuela al establecerse, dentro de las garantías del debido proceso, que:

> Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente... quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete (art. 49,3).

---

13 Art. 273 LGAP Costa Rica; art. 59 LOPA Venezuela; art. 41 Decreto 640 Uruguay; art. 19 Ley 57, 1985, Colombia.

14 Art. 63 LPA España art. 59 LOPA Venezuela; art. 272 LGAP Costa Rica; art. 42 Decreto 640 Uruguay.

El principio general en la materia lo enuncia la Ley argentina al regular el derecho de los interesados al debido proceso adjetivo y establecer, como parte del mismo, "el derecho a ser oído", es decir, la posibilidad de "exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieran a sus derechos subjetivos o intereses legítimos" (art. 1.f.1).

Ahora bien, algunas legislaciones regulan la oportunidad para que se verifique esta audiencia al interesado. En el caso de la vieja Ley española de Procedimiento Administrativo de 1957 se prescribía que el acto de audiencia debía tener lugar una vez instruidos los expedientes e inmediatamente antes de redactarse la propuesta de resolución. A tal efecto, debían ponerse de manifiesto los expedientes a los interesados para que, en un plazo no inferior de diez días ni superior a quince, alegasen y presentasen los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes (art. 91,1).

Es decir, conforme a este principio, que se recoge en la Ley de Uruguay, la audiencia al interesado viene a ser el acto final del procedimiento. Es decir, cuando ya está lista la sustanciación del procedimiento y se acopió toda la información en el expediente, la Administración, antes de tomar la decisión definitiva, le debe dar audiencia al particular, para que, fundamentándose en toda la información recopilada, pueda formular sus alegatos.

Así lo dispone el artículo 34 de dicha Ley de Uruguay:

> Terminada la instrucción o vencido el término de la misma, cuando de los antecedentes resulte que pueda recaer una decisión contraria a la petición formulada, o se hubiere deducido oposición, deberá darse vista por el término de diez días a la persona o personas a quienes el procedimiento se refiera.

En el caso de la Ley de Venezuela, en cambio, la audiencia del interesado se prevé formalmente que debe realizarse al inicio del procedimiento, inmediatamente después de su apertura, lo cual evidentemente es inconveniente, pues el expediente aún no ha sido instruido. En realidad, la audiencia de los interesados para que tenga sentido el ejercicio de su derecho a ser oído debe producirse una vez que la instrucción del asunto ha terminado y todos los documentos relativos al mismo están en el expediente. Sin embargo, dicha Ley establece que ordenada la apertura del procedimiento, se debe notificar a los particulares cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos puedan resultar afectados, concediéndoles un plazo de 10 días para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones (art. 48).

En todo caso, esto no significa por supuesto, que, por el principio del derecho a la participación y la intervención de los particulares en cualquier estado y grado del procedimiento, al final del mismo no puedan los interesados formular sus alegatos finales, como si se tratara de una audiencia final. Sin embargo, en la Ley esto no está previsto expresamente, prescribiéndose una oportunidad inicial para esa audiencia. Pero en este caso no existe el carácter preclusivo de los lapsos; por tanto, el interesado debe formular sus alegatos en los diez días siguientes a la notificación de la apertura del procedimiento, pero el hecho de que no los alegue en ese momento no significa que no pueda alegarlos posteriormente. Simplemente se trata una formalidad que se entiende que no tiene consecuencias en caso de no cumplirse con el lapso establecido.

Por otra parte, hemos señalado que, conforme a lo establecido en la Ley argentina, la Administración debe decidir todos los asuntos que surjan en el expediente, por lo que si algunos de esos asuntos no alegados por las partes son considerados de oficio por la Administración, deben ser decididos previa audiencia del interesado (art. 7.c). El mismo principio podría señalarse en el caso de las legislaciones que prevén la audiencia del interesado al inicio del procedimiento: si en el curso de la instrucción del expediente, surgen otros elementos no alegados por el interesado pero que afecten sus derechos o intereses, la Administración debe comunicárselos antes de decidir, para asegurarle su derecho a la defensa.

La audiencia del interesado puede ser un acto oral y privado como lo establece la Ley General de Costa Rica (arts. 218 y 309), en cuyo caso, el derecho a la defensa se debe ejercer por el administrado en forma razonable, pudiendo la Administración limitar la intervención del interesado a lo "prudentemente necesario" (art. 220).

En todo caso, la audiencia del interesado debe materializarse en una defensa en forma escrita, a los efectos de que se incorpore al expediente. El acto de la audiencia al interesado, por supuesto, debe realizarse en presencia de la autoridad que debe decidir el asunto, y el interesado puede estar asistido de abogado, como manifestación del derecho de todo interesado de escoger los medios de su defensa (art. 220 de la Ley General de Costa Rica).

La Ley argentina, además, en caso de representación del interesado por quienes no sean abogados, exige la asistencia obligatoria de un abogado en los casos en que se planteen o debatan cuestiones jurídicas (art. 1.f.1).

Ahora bien, es evidente que la audiencia del interesado no es una exigencia que deba cumplirse formalmente en todo tipo de procedimiento. En la tipología de procedimientos que hemos mencionado, que distingue entre procedimientos declarativos, ablatorios, concesorios y autorizatorios, por supuesto, la audiencia formal de los interesados se impone en los procedimientos ablatorios cuya consecuencia es la eliminación o restricción de los derechos de los afectados. En tal sentido, la jurisprudencia contencioso administrativa en Venezuela ha formulado el siguiente criterio respecto de un tipo de los procedimientos ablatorios, es decir, los sancionatorios:

La audiencia del interesado, como actuación procedimental, es necesaria y esencial en los procedimientos denominados sancionatorios, por cuanto en estos casos la Administración impone, mediante la audiencia del interesado, formalmente al administrado de la existencia de un procedimiento en su contra que tiene como causa una presunta actuación ilícita de éste y de que de establecer su veracidad le acarrearía una sanción. Ahora bien, en los procedimientos autorizatorios por el contrario, el impulso procesal lo tiene el administrado; la Administración va a resolver una petición, una exigencia del particular, por lo cual, no se hace necesario la audiencia del interesado. En estos procedimientos no se afecta con su omisión, el derecho a la defensa, por cuanto el procedimiento ordinariamente se inicia a instancia del interesado, y el pronunciamiento tendrá, en caso de ser favorable, un contenido beneficioso para el administrado. (Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa, (Venezuela), de 7 de julio de 1988, *Revista de Derecho Público*, núm. 35, Caracas, 1988, p. 91).

Sin embargo, como se ha señalado, aún en los supuestos de procedimientos autorizatorios, si, por ejemplo, en el curso de los mismos surge alguna oposición de parte de otros interesados, en esos supuestos la Administración debe asegurar el derecho a la defensa, dándole audiencia al interesado solicitante.

Así se regula expresamente en el art. 34 del Decreto N° 640 de Uruguay, al disponerse que:

> Terminada la instrucción o vencido el término de la misma, cuando de los antecedentes resulte que pueda recaer una decisión contraria a la petición formulada, o se hubiere deducido oposición, deberá darse vista por el término de diez días a la persona o personas a quienes el procedimiento se refiera.

En todo caso, en los procedimientos sancionatorios es donde el trámite de audiencia al interesado es más riguroso. Se destaca, así, la exigencia de la vieja Ley española de que en dichos procedimientos debía formularse un "pliego de cargos" en el que se debían exponer los hechos imputados, el cual debía ser notificado a los interesados para que en un plazo de 8 días pudiera contestarlos (art. 136). Con posterioridad, contestado el pliego de cargos o

transcurrido el plazo para hacerlo, el funcionario instructor debía formular una propuesta de resolución que debía notificarse a los interesados, para que éstos, en un plazo de 8 días, pudieran alegar cuanto consideren conveniente a su defensa (art. 137).

El mismo principio lo regula expresamente el Decreto N° 640 de Uruguay en los procedimientos administrativos seguidos de oficio, "con motivo de la aplicación de sanciones o de la imposición de un perjuicio a determinado administrado", en cuyo caso no debe dictarse resolución sin previa audiencia al interesado para que pueda articular su defensa (art. 40).

De la misma manera se regula en la Ley Federal de México:

> *Artículo 56.* Concluida la tramitación del procedimiento administrativo y antes de dictar resolución se pondrán las actuaciones a disposición de los interesados, para que en su caso, formulen alegatos, los que serán tomados en cuenta por el órgano competente al dictar resolución.

Los interesados en un plazo no inferior a cinco días ni superior a diez podrán presentar por escrito sus alegatos.

Si antes del vencimiento del plazo los interesados manifestaran su decisión de no presentar alegatos, se tendrá por concluido el trámite.

En la Ley del Perú, al regularse el procedimiento sancionador, se indican las siguientes obligaciones de la Administración:

> *234. 3* Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo la calificación de las infracciones que tales hechos pueden construir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.

> *234.4* Otorgar al administrado un plazo de cinco días para formular sus alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico conforme al numeral 162.2 del Artículo 162º, sin que la abstención del ejercicio de este derecho pueda considerarse elemento de juicio en contrario a su situación.

F. *El derecho a formular alegaciones y a probar*

La consecuencia fundamental del derecho a ser oído, como manifestación del derecho a la defensa, es el derecho de los interesados a formular alegatos y defensas, y a presentar pruebas, lo que, por supuesto, no solo puede ocurrir en el acto de la audiencia al interesado, sino en cualquier momento en el curso del procedimiento[15].

En consecuencia, en cualquier estado del procedimiento, y por supuesto en el acto de la audiencia del interesado, éste puede presentar para que sean agregados al expediente, todos los escritos y alegatos que estime convenientes para la aclaración del asunto y ejercer su defensa[16]. Por tanto, el derecho a la audiencia trae, como consecuencia, no sólo el derecho a formular los alegatos en cualquier momento del procedimiento, sino el de presentar pruebas. Tal como la establece la Ley General de Costa Rica, en su artículo 309:

> El procedimiento ordinario se tramitará mediante una comparecencia oral y privada, ante la Administración, en la cual se admitirá y recibirá toda la prueba y alegatos de las partes que fueren pertinentes.

---

15. Art. 217 LGAP Costa Rica.

16. Art. 32 LOPA Venezuela.

Además, en el procedimiento administrativo, el interesado tiene el derecho de presentar pruebas, como lo dice el Código Contencioso Administrativo de Colombia, «sin requisitos ni términos especiales» (art. 34), admitiéndose en general, todos los medios de prueba establecidos en el derecho privado y procesal civil y criminal[17], sin que haya formalismo alguno. Algunas legislaciones, sin embargo, prescriben un período de pruebas que debe ser abierto por el funcionario competente, durante el cual deben practicarse las que se juzguen pertinentes; imponiéndose a la Administración la obligación de notificar a los interesados, con antelación suficiente, del inicio de las operaciones necesarias para la realización de las pruebas que hubiesen sido admitidas (arts. 88 y 89 de la Ley española de 1959).

Por último, debe señalarse que, en relación a las pruebas solicitadas por los interesados, si su realización implica gastos que no deba soportar la Administración, éstos deben ser costeados por los interesados pudiendo la Administración, incluso, exigir un pago anticipado de los mismos a reserva de la liquidación definitiva una vez practicada la prueba[18].

Lo importante en el derecho a formular alegaciones y pruebas, es que si la Administración, que es básicamente la que tiene la carga de la prueba, presenta pruebas, está obligada a notificar a los particulares a los efectos de que estos puedan formular sus alegatos. Así lo establece expresamente la Ley argentina indicando, como parte del derecho al debido proceso, *el derecho a ofrecer y producir pruebas*, lo que consiste en el derecho de ofrecer prueba y que ella se produzca si fuere pertinente, debiendo la Administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos, todo con el contralor de los interesados y sus profesionales, quienes pueden presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio (art. 1,f,2). Por tanto, existe la obligación de notificar a los interesados, de cualquier actuación de la propia Administración que pueda incidir en la decisión del procedimiento.

G. *El derecho de recurrir*

El último aspecto del derecho a la defensa es el derecho a impugnar o atacar los actos administrativos como resultado del procedimiento, lo que implica otros derechos del interesado. De allí que la Ley 19880 de Chile se refiera al "principio de impugnabilidad", estableciendo en su artículo 15 lo siguiente:

> *Artículo* 15. Principio de impugnabilidad. Todo acto administrativo es impugnable por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, regulados en esta ley, sin perjuicio del recurso extraordinario de revisión y de los demás recursos que establezcan las leyes especiales.

Sin embargo, los actos de mero trámite son impugnables sólo cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión.

La autoridad que acogiere un recurso interpuesto en contra de un acto administrativo podrá dictar por sí misma el acto de reemplazo.

Ahora bien, en primer lugar, el derecho a la defensa mediante el ejercicio de recursos implica el derecho a que la decisión sea debidamente fundada, en el sentido de que debe haber expresa consideración de los argumentos y cuestiones propuestas en el procedimiento administrativo[19]; y además, por supuesto, que la decisión sea motivada.

---

17. Art. 88 LPA España; art. 58 LOPA Venezuela; art. 1° f.2 LPA Argentina; art. 298 LGAP Costa Rica.

18. Art. 90 LPA España art. 299 LGAP Costa Rica.

19. Art. 1° f.3 LPA Argentina; art. 18.5 LOPA Venezuela.

El derecho a la defensa, por tanto, está íntimamente vinculado al derecho a la motivación de los actos administrativos, condición indispensable para que pueda tener efectividad. Como lo ha señalado la jurisprudencia contencioso-administrativa venezolana:

> «El derecho a la defensa en el procedimiento administrativo está íntimamente vinculado al derecho a la motivación, porque el conocimiento oportuno de los motivos de la acción administrativa es lo que puede determinar la eficacia y acierto de las decisiones que se dicten, su correcta adecuación al derecho objetivo y el debido equilibrio entre los intereses públicos y particulares involucrados en la decisión a iniciativa de los interesados. Basta, por lo tanto, con que el acto administrativo no éste debidamente motivado, para que se considere que tácitamente ha existido indefensión de los particulares que han podido oponerse a la decisión, antes de que ésta llegue a afectar sus intereses legítimos, personales y directos, y de allí la necesidad de hacer referencia también a las razones que han sido alegadas entre los requisitos de la motivación».[20]

Sin motivación de los actos administrativos, por tanto, no habría posibilidad real de ejercer el derecho de la defensa mediante el ejercicio de recursos contra los mismos, es decir, el derecho a recurrir sería nugatorio.

En segundo lugar, el derecho a recurrir implica el derecho a ser informado de los recursos que proceden contra el acto administrativo y sus lapsos. Como lo indica el Código Contencioso Administrativo de Colombia, en el texto de la notificación o publicación del acto administrativo, «se indicarán los recursos que legalmente proceden contra las decisiones de que se trate, las autoridades antes quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo»[21].

Por último, por supuesto, el derecho a recurrir como medio de defensa contra los actos administrativos, exige la previsión formal de medios de recursos administrativos, es decir, que puedan formularse ante la propia Administración. Ello nos conduce a estudiar el régimen de los recursos administrativos, como procedimiento de impugnación de los actos administrativos.

3. *El principio de la gratuidad del procedimiento (las tasas y costas)*

Otro aspecto del debido proceso es el "principio de la gratuidad", el cual, como principio, se encuentra establecido en la Ley 19880 de Chile, al disponer su artículo 6, que *e*n el procedimiento administrativo, "las actuaciones que deban practicar los órganos de la Administración del Estado serán gratuitas para los interesados, salvo disposición legal en contrario". El principio también lo consagra la Ley General de Costa Rica, en el sentido de que en el procedimiento administrativo "no habrá lugar a la imposición de costas a favor o en contra de la Administración ni del interesado" (art. 328).

En consecuencia, en el campo del procedimiento administrativo no hay nada parecido al tema de las costas procesales; lo que precisa también, expresamente la Ley del Perú (art. 47,2).

Otro tema es el de los "costos" procesales, por ejemplo, de copias de los documentos que contenga el expediente administrativo o de cualquier documento que se quiera obtener durante el procedimiento. Estos si son a cargo del interesado, si él los causa. Esto lo establece así, el artículo 24 del Código colombiano:

---

20. Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (Venezuela), de 14 de marzo de 1988, *Revista de Derecho Público* núm. 34, Caracas, 1988, p. 86.

21. Art. 47 CCA Colombia; art. 73 y 74, LOPA Venezuela.

17. La expedición de copias dará lugar al pago de las mismas cuando la cantidad solicitada lo justifique. El pago se hará a la tesorería de la entidad o en estampillas de timbre nacional que se anularán, conforme a la tarifa que adopte el funcionario encargado de autorizar la expedición.

En ningún caso el precio fijado podrá exceder al costo de la reproducción.

18. Si en la respectiva oficina no se pudieren reproducir los documentos o la tarifa señalada fuere elevada a juicio del peticionario, el jefe de aquélla indicará el sitio en el cual un empleado de la oficina sacará las copias a que hubiere lugar. En este caso, los gastos serán cubiertos en su totalidad por el particular.

En sentido similar, el artículo 47,1 de la Ley peruana regula el tema de los gastos administrativos reembolsables, disponiendo que sólo se producen "cuando una ley expresamente lo autoriza", definiéndolos así:

Son gastos administrativos aquellos ocasionados por actuaciones específicas solicitados por el administrado dentro del procedimiento. Se solicita una vez iniciado el procedimiento administrativo y es de cargo del administrado que haya solicitado la actuación o de todos los administrados, si el asunto fuera de interés común; teniendo derecho a constatar y, en su caso, a observar, el sustento de los gastos a rembolsar.

Aparte está el tema de las tasas que se puedan cobrar en relación a la actuación de la Administración, proveniente de las leyes de impuestos de timbres fiscales, ya mencionado anteriormente.

El principio rige en Venezuela, donde la Ley de Timbre Fiscal establece, con criterio fiscalista, la necesidad de inutilizar estampillas o papel sellado (que ha sido transferido a los Estados) en los trámites administrativos, con lo que se podría conducir a lesionar el derecho a la defensa, cuando se trate de actuaciones que puedan afectar a un particular en un procedimiento, sobre todo en materia de permisos y autorizaciones.

V. EL PRINCIPIO DE LA PUBLICIDAD Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

1. *La publicidad*

Otro principio importante en materia de procedimiento administrativo, el cual, además, es el que puede garantizar o no el derecho de la participación, es el principio de la publicidad administrativa, es decir, que en general, los asuntos que se tramitan ante la Administración, deben ser públicos y de acceso del público. En tal sentido, en el artículo 16 de la Ley 19880 de Chile se establece el "principio de transparencia y de publicidad", en la siguiente forma:

Artículo 16. Principio de Transparencia y de Publicidad. El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él.

En consecuencia, salvo las excepciones establecidas por la ley o el reglamento, son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo o esencial.

Este principio se manifiesta, por supuesto en concreto, respecto de las decisiones de la Administración, como lo regula el Código de Colombia: "en virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este Código y la ley" (art. 3°).

Asimismo, el Reglamento de la Secretaría de la Comunidad Andina contiene una norma inspirada en el mismo principio que dispone que:

> En virtud del principio de transparencia, los actos y documentos oficiales de la Secretaría General, salvo aquellos que tengan carácter confidencial, estarán disponibles al público y los interesados (art. 5).

En particular, en cuanto a los reglamentos, resoluciones y actos administrativos de carácter general dictados por la Administración Pública, la Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela establece que deberán ser publicados, sin excepción, en la Gaceta Oficial de la República, según el caso, en el medio de publicación oficial del Estado, Distrito metropolitano o Municipio correspondiente (art. 13). La norma recoge el principio general del comienzo de la eficacia de los actos administrativos de efectos generales (normativos) o de carácter general (destinados a varios sujetos de derecho), sujetándolo a la publicación en la Gaceta Oficial.

El artículo 13, sin embargo, además de referirse a los reglamentos (siempre de carácter normativo) y a los actos administrativos de carácter general, menciona a las "resoluciones". Estas, conforme a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (art. 16) son los actos administrativos que emanan de los Ministros del Ejecutivo Nacional, por lo que las mismas, sean o no de efectos generales o de carácter general, deben publicarse en la Gaceta Oficial.

En cuanto a los Estados, Distritos Metropolitanos y Municipios, los actos de los mismos de orden normativo o de carácter general, también deben publicarse en la correspondiente "publicación oficial" de las entidades respectivas.

2. *El derecho a la información*

Otro derecho cuya regulación ha sido importante y reciente en la Administración contemporánea, es el derecho del interesado a ser informado de la organización administrativa, del procedimiento, del estado del mismo y de las personas que intervienen en su instrucción, lo que, lamentable, pero normalmente, es parte del secreto de la Administración, o del área secreta y reservada del funcionario.

Frente a esto, sin embargo, incluso se han incorporado normas de rango constitucional para asegurar el derecho a la información administrativa, como el artículo 143 de la Constitución de Venezuela de 1999, que dispone:

> *Artículo 143*. Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a ser informados e informadas oportuna y verazmente por la Administración Pública sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados e interesadas, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. Asimismo, tienen acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto. No se permitirá censura alguna a los funcionarios públicos o funcionarias públicas que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad.

Esta norma consagra los siguientes derechos:

En *primer lugar,* el derecho de los ciudadanos a ser informados oportuna y verazmente por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten; el derecho a ser notificados de los actos administrativos y a ser informados de los trámites del procedimiento administrativo. Este derecho, ha dicho la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, "es-

tá referido al procedimiento administrativo, y estas informaciones se adelantarán en la forma pautada en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, o en otras leyes aplicables que rijan procedimientos administrativos. Además, la información que reciban de la Administración sobre el estado de las actuaciones del procedimiento debe ser veraz, desechándose lo falso que pueda enervar o inhibir tanto al derecho de defensa como el debido proceso, garantizado por el artículo 49 de la vigente Constitución para el proceso administrativo. Este derecho de los ciudadanos de estar informados involucra el derecho de acceder a los expedientes del procedimiento administrativo, lo cual está previsto en el artículo 59 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Hasta allí llega el primer derecho que otorga el artículo 143 citado.

En *segundo lugar*, el derecho a ser notificados de los actos administrativos y a ser informados de los trámites del procedimiento administrativo.

En *tercer lugar,* el derecho de acceder a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto.

Sobre este derecho establecido en artículo 143, la Sala Constitucional ha expresado el siguiente criterio:

El segundo es un derecho de acceso, que coincide con el derecho de acceso contemplado en el artículo 28 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y que se ejerce sobre los archivos y registros administrativos que se llevan en la Presidencia de la República, los Ministerios y demás organismos de la Administración Pública Nacional, que conforman el sistema de archivo documental (artículos 72 y 73 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Central).

La consulta de esos archivos puede estar abierta al público, caso en que el ejercicio del derecho de acceso es inoperante, pero pueden ser reservados o secretos, como categoría esta última diversa a la reservada.

Así como no puede oponerse la reserva a la orden judicial de informar (artículo 433 del Código de Procedimiento Civil), tampoco es aceptable aducirla para negar el acceso a los archivos y registros de la Administración Pública, aunque para la consulta, en caso de reserva, habrá que seguir el procedimiento del artículo 75 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Central. Si a pesar de la petición fundada en el citado artículo 75, ella se negare, el derecho de acceso establecido en el artículo 143 constitucional, haría posible la consulta.

Este derecho de acceso no funciona, por mandato constitucional, en materias secretas relativas a seguridad interior o exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule el contenido confidencial o secreto de estos archivos o registros, prevista en el artículo 143 constitucional y en el artículo 77 del citado Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Central. Ahora bien, es necesario señalar una característica de este especial derecho de acceso, cuál es que el mismo se ejerce no para la obtención de datos nominativos, sino de cualquier tipo de información no calificada como secreta, o que pueda atentar contra la vida privada e intimidad de las personas, o que entraba o vulnere una investigación criminal, independientemente de que el acceso se efectúe para conocer hechos con relevancia comunitaria o no.

Como señaló la Sala en el Capítulo VIII de este fallo, hay materias excluidas del *habeas data*, lo que se ve apuntalado por el texto del artículo 143 de la Constitución; pero sobre los registros que lleva la Administración, así como sobre los archivos, existe a favor de los interesados un derecho de acceso no solo de igual naturaleza que el contemplado en el

artículo 28 de la Constitución, sino aún mas amplio, ya que dentro del derecho a recoger información para fines propios, se encuentra el de consultar los archivos y registros del Estado, por estar éstos al servicio de los ciudadanos, contengan o no informaciones personales nominativas. Se trata de una aplicación del derecho a informarse que tiene toda persona.

El artículo 143 otorga un derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, mientras que el artículo 28 se refiere sólo a registros oficiales o privados.

Los archivos oficiales están formados por documentos, expedientes, gacetas y demás publicaciones que deban ser guardadas (artículos 72 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Central). En consecuencia, en los archivos se guardan organizadamente documentos relacionados con las funciones y actividades de quien los lleva.

Conforme al artículo 74 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley citado, los documentos pueden ser reproducidos y conservados mediante sistemas fotográficos, técnicas de digitalización y cualquiera otro medio de registro magnético o virtual (Subrayado de la Sala).

Luego, para la Administración, y por mandato legal, archivo documental y registro es lo mismo, ya que las palabras se utilizan como sinónimas en el mencionado artículo 74, y por lo tanto, cuando el artículo 143 constitucional se remite a los archivos y registros administrativos, se refiere a archivos en general, tal como se deduce de los artículos 72 a 75 del Decreto con Fuerza y Rango de Ley Orgánica de la Administración Central; y ese mismo concepto debe privar con relación a los registros privados a que se refiere el artículo 28 constitucional, siempre que sirvan para sistematizar información nominal en la forma como los conceptúa este fallo.

Pero el derecho de acceso y los derechos de *habeas data* no pueden ejercerse sino sobre registros o archivos identificados, y de ello no escapan los archivos y registros oficiales, ya que conforme al artículo 76 del Decreto con Fuerza y Rango de Ley Orgánica de la Administración Central, no se podrá ordenar la exhibición o inspección de los archivos de ninguna dependencia de la Administración Pública Nacional, sino por los organismos a los cuales la ley atribuye específicamente tal función. Tal disposición dentro del Título de los Documentos Oficiales de la vigente Ley Orgánica de la Administración Central, prohíbe la inquisición general, y obliga a que el derecho del artículo 143 constitucional al ser desarrollado por la ley, sea ejercido sobre un determinado archivo o registro y dentro de él sobre una pieza o componente del mismo.

Esta idea de especificidad, congruente con lo que este fallo ha señalado con relación a la negativa de las pesquisas, la apuntala el mismo artículo 76 bajo comentario, cuando de una manera determinada expresa: "Podrá acordarse judicialmente la copia, exhibición o inspección de determinado documento, expediente, libro o registro y se ejecutará la providencia, a menos que el órgano superior respectivo hubiere resuelto con anterioridad otorgarle al documento, libro, expediente o registro la clasificación como secreto o confidencial, de conformidad con los procedimientos legalmente establecidos".

En consecuencia, el acceso a los archivos y registros administrativos, y el ejercicio de los derechos de *habeas data* sobre ellos, se refiere a archivos y registros determinados, así como a los documentos, libros o expedientes, que ellos contengan.

El "*habeas data*" del artículo 28 constitucional se enlaza así con el 143 *eiusdem*, pero esta última norma realmente no modifica en cuanto a la Administración, los límites del artículo 28 constitucional.

Advierte la Sala, que los archivos oficiales cumplen una finalidad relacionada con la actividad funcional de los órganos administrativos, y que la ley debe señalar lo que se ha de archivar. Si la ley no lo expresare, ellos deben contener los documentos relativos a la acti-

vidad del órgano, emanados de los particulares o de la Administración. Lo ajeno a ello no debe formar parte del archivo o registro, y debería ser desincorporado o destruido -por ilegal- de oficio o a solicitud del interesado.

Si ello no ocurriere, y ante la ausencia de norma expresa que ordene su desincorporación o destrucción, a pesar que tales documentos o notas son ajenas al archivo y que no se trata en puridad de principio de recopilaciones de información y datos, sino de documentos o anotaciones supuestamente atinentes a la actividad administrativa, mal archivados, considera la Sala que lo ilegalmente guardado, puede ser destruido o desincorporado, por aplicación extensiva del artículo 28 constitucional, en lo que se refiera a datos nominales, pertenecientes a quien reclama, ya que lo que se persigue con el "*habeas data*", cual es destruir lo falso o erróneo de los sistemas de información, se logrará por esta vía depurando el archivo, a pesar que este no contenga *per se* un sistema de información, e independientemente de que se trate de un archivo oficial abierto o no al público. Igual trato debe darse a los documentos emanados de la Administración que contengan menciones lesivas a las personas, no permitidas por la ley o por la Constitución, que formen parte de los archivos públicos, y que no estén sujetos a normas que ordenan la exclusión de tales menciones.

También deben recibir idéntico tratamiento, los documentos oficiales que contengan menciones ilegalmente o ilegítimamente incorporadas al texto, y que lesionen a las personas. En estos casos, al menos, la mención debe ser excluida (testada), tal como lo ordenó esta Sala en fallo del 19 de septiembre de 2000 (sentencia Nº 1074)[22].

En *cuarto lugar,* el artículo 143 también establece un derecho de los funcionarios públicos en relación con las informaciones que puedan dar sobre los asuntos bajo su responsabilidad, a no ser sometidos a censura alguna.

Ahora bien, con el fin de dar cumplimiento a los principios y derechos de los administrados establecidos en el artículo 143 de la Constitución, la Ley Orgánica de la Administración Pública dispone (art. 12) que los órganos y entes de la Administración Pública deberán utilizar las nuevas tecnologías que desarrolle la ciencia, tales como los medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para su organización, funcionamiento y relación con las personas.

En tal sentido, por disposición expresa de la Ley Orgánica, cada órgano y ente de la Administración Pública debe establecer y mantener una página en la internet, que debe contener, entre otra información que se considere relevante, los datos correspondientes a su misión, organización, procedimientos, normativa que lo regula, servicios que presta, documentos de interés para las personas, así como un mecanismo de comunicación electrónica con dichos órganos y entes disponible para todas las personas vía internet (art. 12). Esta obligación debe cumplirse por todos los órganos y entes de la Administración Pública antes del 17 de abril de 2002 (Disposiciones Transitorias Primera, LOAP).

Adicionalmente, la misma Ley Orgánica establece que la Administración Publica Nacional, de los Estados, de los Distritos metropolitanos y de los Municipios deben establecer sistemas que suministren a la población la más amplia, oportuna y veraz información sobre sus actividades, con el fin de ejercer el control social sobre la gestión pública. Cualquier particular puede solicitar de los órganos y entes de la Administración Pública la información que desee sobre la actividad de éstos de conformidad con la ley (art. 138).

Todos los órganos y entes de la Administración Pública deben mantener permanentemente actualizadas y a disposición de las personas, en las unidades de información correspondientes, el esquema de su organización y la de los órganos adscritos, así como guías informativas sobre los procedimientos administrativos, servicios y prestaciones aplicables en el ámbito de su competencia y de sus órganos adscritos (art. 139).

---

22 *Idem.,* pp. 497-499

En cuanto a los documentos en poder de la Administración Pública, el artículo 158 de la LOAP, dispone que será objeto de periódica publicación la relación de los documentos que estén en poder de las Administración Pública sujetos a un régimen de especial publicidad por afectar a la colectividad en su conjunto y cuantos otros puedan ser objeto de consulta por los particulares.

También deben ser objeto de publicación regular las instrucciones y respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos administrativos que comporten una interpretación del derecho positivo o de los procedimientos vigentes a efectos de que puedan ser alegadas por los particulares en sus relaciones con la Administración (art. 158).

En particular, respecto del procedimiento administrativo, la Ley de Honduras, dispone:

> *Artículo 118*. En cualquier momento los interesados podrán solicitar se les informe sobre el estado de la tramitación. Asimismo, podrán solicitar que se les extienda certificación de aquellos actos que ya hubiesen sido notificados y la Administración debe extenderlas sin dilación, excepto de aquellos actos a los cuales la Ley atribuya carácter reservado o secreto.

La Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos de Venezuela de 1999, también recoge este principio así:

> *Artículo 38*. Toda persona que haya presentado una petición, reclamación, consulta o queja ante los órganos y entes de la Administración Pública, tiene derecho a conocer el estado en que se encuentra su tramitación y a que se le informe el plazo dentro del cual se atenderá la misma.

Por su parte, conforme al artículo 37 de la misma Ley, la Administración tiene "el deber de ofrecer a los ciudadanos información completa, oportuna y veraz en relación con los trámites que se realicen ante los mismos"; lo que la Ley de Brasil, dispone como un derecho de los administrados (Art. 3,II).

Adicionalmente, en este tema deben mencionarse las disposiciones de la Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos de Venezuela, de 1999, que desarrollan los principios del derecho a la información administrativa, con la siguiente precisión:

> *Artículo 39*. Los funcionarios públicos tienen la obligación de atender las consultas telefónicas que formulen los particulares sobre información general acerca de los asuntos de su competencia, así como las que realicen los interesados para conocer el estado de sus tramitaciones. A tal efecto, cada organismo implementará un servicio de información telefónico que satisfaga las necesidades del ciudadano, haciendo empleo racional de los recursos humanos, presupuestarios y tecnológicos de que disponga actualmente.

Además, se exige a la Administración el establecimiento de servicios de información y atención al público, así:

> *Artículo 40*. Cada uno de los organismos sujetos a la aplicación de este Decreto-Ley, deberá crear un servicio de atención al público, encargado de brindar toda la orientación y apoyo necesario al particular en relación con los trámites que realice en dicho organismo, así como recibir y procesar las denuncias, sugerencias y quejas que, en torno al servicio y a la actividad administrativa, formulen los mismos. Se prestarán igualmente servicios de recepción y entrega de documentos, solicitudes y requerimientos en general.

> *Artículo 42*. Los órganos y entes de la Administración Pública, podrán crear oficinas o ventanillas únicas en donde se realice la totalidad de la actuación administrativa que implique la presencia del interesado en relación con un mismo trámite.

Artículo 43. Los órganos y entes de la Administración Pública deberán implementar adicionalmente horarios especiales de atención al público, a fin de que los administrados puedan cumplir con mayor facilidad sus obligaciones y adelantar los trámites ante los mismos.

3. *La tensión entre la publicidad y el secreto administrativo*

En todo caso, uno de los grandes retos del Estado de derecho en el mundo contemporáneo, en cuanto a las relaciones entre la Administración y los administrados, es el de la sustitución del principio del secreto administrativo por el principio contrario, el de la publicidad de las actuaciones administrativas. Esa sustitución, sin embargo, puede decirse que aún no se ha logrado en la práctica, y en muchos países continúa vigente el principio del secreto discrecional, conforme al cual la Administración tiene la potestad de mantener en secreto cualquier documento o información, mediante su declaración como reservado, con lo cual los particulares no tienen seguridad de recibir la información que necesitan para controlar la actividad administrativa. En esta forma, el secreto de la actuación administrativa y el misterio que la recubre, no sólo frente a los particulares (al exterior), sino entre los diversos órganos de la propia Administración (al interior), en efecto, sigue siendo una práctica administrativa en las Administraciones contemporáneas, la mayoría de las veces para encubrir arbitrariedades, irresponsabilidades e incompetencias de los funcionarios. Por ello, "secreto" y "administración ineficiente" constituyen un binomio históricamente inseparable.

En todo caso, lamentablemente, aún existe en las Administraciones públicas la tradición de considerar como secretos los asuntos que se tramitan en ellas, en particular, pero absurdamente, cuando precisamente favorecen las pretensiones de los administrados.

4. *La información administrativa y el derecho de acceso a los archivos y documentos públicos*

Como se ha dicho, la Administración, en general, en nuestros países, se ha comportado como una Administración secreta, donde el misterio y la reserva se manejan discrecionalmente, lo que a veces constituye un mecanismo para encubrir irresponsabilidades de los funcionarios. Esfuerzos se han hecho en algunos países para contrarrestar la reserva de los documentos oficiales, como se hizo en Colombia con la Ley N° 57 sobre publicidad de los actos y documentos oficiales (Ley 57 de 05-07-1985). Se trata de una Ley única en el ámbito latinoamericano. Hasta ese momento no había ninguna otra ley que planteara el tema de la publicidad de los actos y de los documentos oficiales, que es un signo, por ejemplo, de todas las Administraciones europeas y sobre todo, de las anglosajonas, en las cuales se han dictado leyes de publicidad que garantizan el acceso a los documentos oficiales y a los actos oficiales. Sin embargo, esto no ha sido común en América Latina, aún en los regímenes democráticos, pues la práctica continúa siendo el secreto o la reserva, es decir, el principio ha sido más bien el contrario, la práctica de mantener reservados los archivos de la Administración.

En Venezuela, el artículo 147 de la Constitución regula el derecho de acceder a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los limites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto.

Este derecho lo regula igualmente el artículo 155 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, al disponer que toda persona tiene el derecho de acceder a los archivos.

Este derecho de acceso a los archivos y registros de la Administración Pública debe ser ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos, debiéndose, a tal fin, formular petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias.

No obstante, cuando los solicitantes sean investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante, se podrá autorizar el acceso directo de aquellos a la consulta de los expedientes (art. 156).

En materia específica del procedimiento administrativo, en todo caso, comienza a regularse el principio expreso de la publicidad del procedimiento, específicamente para las partes o interesados. Así, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela establece el principio general de que los interesados y sus representantes tienen el derecho de examinar en cualquier estado o grado del procedimiento el expediente correspondiente, y de leer y copiar cualquier documento contenido en el mismo, así como de pedir certificación de cualquier documento (art. 59). En igual sentido se regula la Ley General de Costa Rica (art. 272) y en el Decreto 266 de 2000 de Colombia (art. 5).

Este derecho de acceso a los elementos del expediente es lo que, en el derecho brasileño, se ha denominado "direito de vista", el cual debe tratarse de una vista completa, sin censuras (art. 3, II de la Ley). Este derecho de vista implica que la parte está facultada para el examen de toda la documentación constante en autos o, según se expresa en el resto de las legislaciones latinoamericanas, de todos los "antecedentes" de la cuestión a ser resuelta.

5. *Las actuaciones administrativas reservadas*

Las leyes de procedimiento administrativo establecen, sin embargo, la excepción, en el sentido de que se exceptúan de este derecho de acceso los documentos que sean calificados como confidenciales por el superior jerárquico, los cuales deben entonces ser archivados en cuerpos separados del expediente.

En tal sentido, pero en forma amplia, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica establece que:

No habrá acceso a las piezas del expediente cuyo conocimiento pueda comprometer secretos de Estado o información confidencial de la contraparte, o en general, cuando el examen de dichas piezas confiera a la parte un privilegio indebido o una oportunidad para dañar ilegítimamente a la Administración, a la contraparte o a terceros, dentro o fuera del expediente. (art. 273,1).

Es importante destacar que la Ley costarricense presume que tienen la condición de reservados, salvo prueba en contrario, los proyectos de resolución, así como los informes para órganos consultivos y los dictámenes de estos antes de que hayan sido rendidos (art. 273,2).

En todo caso, el tema de la reserva permanece en las leyes, en relación con los asuntos de seguridad y defensa. Así se establece, por ejemplo, en el Código de Colombia:

> *Artículo 19*. Toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se le expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución (Constitución Nacional, artículo 38) o la ley, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional.

Existen otros procedimientos reservados, además de los señalados, como el que se establece en el Decreto de Uruguay según el cual, los procedimientos disciplinarios son de carácter secreto (art. 174). De manera que todo funcionario que interviene en uno de estos procesos está obligado a mantener el secreto del procedimiento disciplinario.

Hay posibilidad de reserva, además, en procedimientos que tienen que ver con asuntos empresariales o económicos, por ejemplo, los relativos a la libre competencia que se establece en protección de los propios particulares, donde las partes pueden pedir a la entidad que mantenga confidencial el procedimiento a los efectos de la protección de sus propios derechos.

Puede haber también reserva derivada de la protección al derecho a la intimidad, en los procedimientos que tienen que ver con el derecho a la privacidad. Allí está, además, el fundamento de la acción de habeas data que también se ha consagrado expresamente en Colombia y Venezuela, como un mecanismo de tutela específico, que viene del derecho portugués y vinculado al amparo.

En particular en la reciente Constitución venezolana de 1999 se consagró el derecho de *habeas data*, así:

> *Artículo 28*. Toda persona tiene el derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y de solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley.

En materia de las reservas concernientes al derecho a la privacidad y a la intimidad, el artículo 46 de la Ley brasileña limita el derecho de acceso a aquellos documentos contenidos en el expediente que estén protegidos por el "sigilo" o el "direito à privacidade à honra e à imagem":

La enunciación general de este principio de reserva por causas de "sigilo" se encuentra en la misma Ley brasileña en el art. 2°,V del Parágrafo único, al señalar como uno de los principios que deben guiar el procedimiento administrativo, la "divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constitução".

En el Reglamento de la Secretaría de la Comunidad Andina se establece expresamente la posibilidad de que el interesado solicite que se declaren confidenciales determinados documentos. Esto tiene que ver con el tema empresarial o comercial que se señaló anteriormente, el cual sí exige en determinados casos, la reserva, a petición de los propios interesados de manera que no se divulguen. El Reglamento, en tal sentido, dispone:

> *Artículo 20*. A solicitud de cualquier interesado, la Secretaría General informará del estado de la tramitación de sus expedientes.

Cuando lo solicite el interesado el Secretario General podrá declarar confidenciales determinados documentos que sean presentados, siempre que éstos no hubieran sido divulgados y su divulgación pudiera ocasionar perjuicio a la parte que los proporcionó o a un tercero.

El interesado que solicite la confidencialidad sobre documentos presentados deberá justificar su petición y acompañar un resumen no confidencial, el cual formará parte del expediente público.

Pero lo que permanece todavía en algunas legislaciones, aparte de esas áreas de reserva que son clásicas (seguridad y defensa, cuestiones empresariales y comerciales, derecho a la intimidad y a la privacidad), son aquellas áreas de reserva discrecionales. Por ejemplo, la Ley de Uruguay establece expresamente que:

> *Artículo 80.* Los documentos o piezas podrán ser calificados como secretos, confidenciales o reservados, de acuerdo con las normas legales o reglamentarias vigentes o a dictarse.
>
> El carácter del asunto puede asignárselo el funcionario o la persona que lo origine, pudiendo ser modificado en cualquier sentido por el órgano superior de decisión.
>
> El mero hecho de que los informes o dictámenes sean favorables o adversos a los interesados no habilita a darles carácter de reservados.
>
> En esta forma, queda a juicio de la Administración la posibilidad de calificar algún documento como reservado.

En el caso de la Ley argentina también se establece que el Poder Ejecutivo está facultado para:

> Determinar las circunstancias y autoridades competentes para calificar como reservadas o secretas las actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que deban tener ese carácter, aunque estén incluidos en actuaciones públicas (art. 2,6).

Ahora bien, frente a estas normas reguladoras de materias secretas o reservadas de los expedientes administrativos, tanto la Ley costarricense como la Ley venezolana, exigen que la calificación como confidencial se haga mediante acto motivado, con lo cual el tradicional poder discrecional en esta materia, queda algo limitado. En todo caso, en estos supuestos pueden ejercerse recursos contra el acto administrativo que declare reservados determinados expedientes, y para ello se prevé expresamente el recurso de revisión o el de reconsideración e, incluso, el jerárquico.

6. *El derecho de acceso al expediente administrativo y a obtener copias*

A. *El acceso al expediente*

Siendo el expediente administrativo el instrumento formal fundamental de todo procedimiento, dado el principio de la escrituridad, las leyes han regulado en forma expresa del derecho de acceso al expediente, es decir el derecho que tienen los interesados de acceder al expediente administrativo en cualquier estado o grado del procedimiento. Esto se consagra expresamente en la Ley venezolana, en la Ley uruguaya, en el Código colombiano, en la Ley de mexicana y en la Ley brasileña (arts. 3°, II y art. 46); así como el derecho de leer y copiar cualquier documento contenido en el expediente. Por supuesto, como se ha dicho, se exceptuarán los documentos calificados como confidenciales por el superior jerárquico, según lo establece la Ley venezolana, los cuales deben ser archivados en cuaderno separado (art. 59).

Por supuesto, con esta declaratoria de confidencialidad se rompe la unidad del expediente, exigiéndose que la misma se haga mediante acto motivado. Este es el único requisito que establece la ley venezolana, lo que, por supuesto, ha dado origen a una cantidad de abusos, como por ejemplo, procedimientos donde hasta recortes de periódicos se han calificado como "confidenciales" por el funcionario, simplemente porque no estaban favoreciendo la posición de la Administración.

El principio del acceso a la información del expediente y su excepción se regulan en el artículo 160 de la Ley del Perú, con detalle, en la siguiente forma:

> *160.1* Los administrados, sus representantes o su abogado tienen derecho de acceso al expediente en cualquier momento de su trámite, así como a sus documentos, antecedentes, estudios, informes y dictámenes, obtener certificaciones de su estado y recabar copias de las piezas que contiene, previo pago del costo de las mismas. Sólo se ex-

ceptúan aquellas actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que contienen información cuyo conocimiento pueda afectar su derecho a la intimidad personal o familiar y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional de acuerdo a lo establecido en el inciso 5) del Artículo 20º de la Constitución Política. Adicionalmente se exceptúan las materias protegidas por el secreto bancario, tributario, comercial e industrial, así como todos aquellos documentos que impliquen un pronunciamiento previo por parte de la autoridad competente.

160.2 El pedido de acceso podrá hacerse verbalmente y se concede de inmediato, sin necesidad de resolución expresa, en la oficina en que se encuentre el expediente, aunque no sea la unidad de recepción documental.

B. *El régimen de las copias de documentos*

a. *El derecho a copias*

El derecho de acceso a los archivos y registros conlleva el de obtener copias simples o certificadas de los mismos, previo pago o cumplimiento de las formalidades que se hallen legalmente establecidas (art. 157).

Por otra parte, todo aquel que presentare petición o solicitud ante la Administración Pública tendrá derecho a que se le expida, de conformidad con la Constitución y la ley respectiva, copia certificada del expediente o de sus documentos (art. 168).

Conforme al artículo 171 de la LOAP, para expedir copias certificadas por procedimientos que requieran del conocimiento y de la intervención de técnicos especiales, el órgano superior respectivo debe nombrar un experto para ejecutar la copia, quién debe prestar juramento de cumplir fielmente su cometido, antes de realizar el trabajo.

Los honorarios del experto, de ser necesario, se deben fijar previamente en acto verificado ante el funcionario correspondiente y deben ser por cuenta del solicitante, quien debe consignarlos de conformidad con el reglamento respectivo.

Los gastos y derechos que ocasionen la expedición de copias certificadas, conforme a lo establecido en los artículos anteriores, deben ser por cuenta de los interesados.

b. *La expedición de copias certificadas y su prohibición respecto de documentos secretos o confidenciales*

Las copias certificadas que solicitaren los interesados y las autoridades competentes se deben expedir por el funcionario correspondiente, salvo que los documentos y expedientes hubieran sido previa y formalmente declarados formalmente secretos o confidenciales de conformidad con ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto (art. 169).

c. *Prohibición de certificaciones de mera relación*

El artículo 170 de la LOAP, prohíbe la expedición de certificaciones de mera relación, es decir, aquellas que sólo tengan por objeto hacer constar el testimonio u opinión del funcionario declarante sobre algún hecho o dato de su conocimiento de los contenidos en los expedientes archivados o en curso, o de aquellos asuntos que hubiere presenciado por motivo de sus funciones.

Sin embargo, pueden expedirse certificaciones sobre datos de carácter estadístico, no confidenciales o secretos, que consten en expedientes o registros oficiales que no hayan sido publicados y siempre que no exista prohibición expresa al respecto.

d. *Limitaciones de exhibición o inspección judicial de documentos*

De acuerdo con el artículo 165 de la LOAP, no se puede ordenar la exhibición o inspección judiciales de los documentos, archivos y registros administrativos de los órganos y entes de la Administración Pública, sino por los órganos a los cuales la ley atribuye específicamente tal función.

Sin embargo, señala la norma que puede acordarse judicialmente la copia, exhibición o inspección de determinado documento, expediente, libro o registro administrativo y se debe ejecutar la providencia, a menos que el órgano superior respectivo hubiera resuelto con anterioridad otorgarle al documento, libro, expediente o registro la clasificación como secreto o confidencial, de conformidad con la Constitución y la ley que regule la materia de clasificación de contenido confidencial o secreto (art. 165).

e. *Prohibición de conservación de documentos por los funcionarios públicos*

La LOAP expresamente prohíbe a los funcionarios públicos conservar para sí documentos de los archivos de la Administración Pública y tomar o publicar copia de ellos sin autorización del órgano superior respectivo (art. 166).

f. *El acceso a los archivos*

Conforme al artículo 164, el reglamento respectivo, es el que debe determinar los funcionarios que tendrán acceso directo a los documentos, archivos y registros administrativos de la Administración Pública.

g. *La consulta de documentos confidenciales o secretos*

Para la consulta por otros funcionarios o particulares de los documentos, archivos y registros administrativos que hayan sido expresamente declarados como confidenciales o secretos de conformidad con la ley, debe requerirse autorización especial y particular del órgano superior respectivo, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de contenido confidencial o secreto (art. 164).

7. *El principio de la presunción de certeza de las actas administrativas y los documentos administrativos*

El principio de la presunción de certeza de los documentos administrativos, en general, no encuentra regulación en las leyes de procedimiento administrativo. Se trata, en todo caso, de un tema de discusión normal en la Administración, que incide en el valor legal de los documentos administrativos.

Sin embargo, las leyes especiales que tratan el tema, al igual que se ha desarrollado en la jurisprudencia, establecen la presunción de certeza de actas fiscales de inspección. Esos documentos, procesalmente pueden ser considerados como documentos públicos o auténticos, dentro de la clasificación general de los Códigos Civiles.

El documento auténtico, en efecto, hace fe pública de lo que el funcionario ve, oye o efectúa y, en general, se refiere al documento que emana de un Registrador o de un Notario quienes legalmente dan fe pública de lo que ven, oyen, o efectúan. Pero muchos otros funcionarios, de acuerdo con las leyes administrativas, también efectúan, ven y oyen hechos y dejan constancia de ellos en virtud de ley. Por tanto, se le debería dar al documento administrativo que producen el mismo valor que al documento auténtico, referente a que goza de presunción de certeza de lo que contiene, así como de las mismas vías de impugnación que existen a nivel del procedimiento ordinario; esto por lo que respecta al documento en sí mismo, y no respecto del acto contenido dentro del mismo. En Venezuela, por ejemplo, la

jurisprudencia ha venido configurando la noción de documento administrativo, de manera de no sólo aplicar la categoría de documento auténtico o privado del Código Civil, sino más bien, buscando configurar una categoría propia como documento administrativo, derivado de su propio valor probatorio.

En todo caso, y respecto de los documentos presentados por los administrados en el expediente, la Ley peruana enuncia el principio de la veracidad, considerando que en la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formuladas por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman; aún cuando tal presunción admite prueba en contrario (art. IV, 1,7).

Este principio de la presunción de veracidad lo repite la mencionada ley en el artículo 42, en siguiente forma:

> *42.1* Todas las declaraciones juradas, los documentos sucedáneos presentados y la información incluida en los escritos y formularios que presenten los administrados para la realización de procedimientos administrativos, se presumen verificados por quien hace uso de ello, así como de contenido veraz para fines administrativos, salvo prueba en contrario.
>
> *42.2* En caso de las traducciones de parte, así como los informes o constancias profesionales o técnicas presentadas como sucedáneos de documentación oficial, dicha responsabilidad alcanza solidariamente a quien los presenta y a los que los hayan expedido.

§ 25. Los derechos y deberes de los administrados en relación con la Administración Pública

Todos los principios del procedimiento administrativo antes mencionados puede decirse que se configuran como derechos de los administrados en relación con la Administración Pública.

Se puede identificar, así, por ejemplo, el derecho de los administrados a que la Administración Pública esté a su servicio (del ciudadano); el derecho a la participación de los administrados en las tareas administrativas; el derecho a la instrumentalidad y simplicidad del procedimiento; el derecho a la economía procedimental; el derecho a la objetividad de la actuación administrativa; el derecho a la igualdad de los administrados; el derecho a la imparcialidad de la Administración; el derecho a la consecución de la verdad material; el derecho a la celeridad del procedimiento; el derecho a la seguridad jurídica; el derecho de petición; el derecho de los administrados a la obtener de respuestas oportunas a sus peticiones por parte de la Administración; el derecho a la defensa; el derecho a recurrir y a reclamar; y el derecho a la información.

En todo caso, ese conjunto de derechos, además de los deberes que también tienen los administrados ante la Administración, configuran su situación jurídica en el procedimiento administrativo.

Como recapitulación de lo antes expuesto, y a los efectos de hacer énfasis en esa situación jurídica, a continuación, destacaremos en particular, los derechos y deberes de mayor relevancia que destacan tanto de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos como de la ley Orgánica de la Administración Pública.

I. LOS DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS EN RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

El artículo 7 de la Ley Orgánica de la Administración Pública establece el siguiente conjunto de derechos de los particulares en sus relaciones con la Administración Pública:

1. Conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan interés, y obtener copias de documentos contenidos en ellos.

2. Identificar a las autoridades y a los funcionarios o funcionarias al servicio de la Administración Pública bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos.

3. Obtener copia sellada de los documentos que presenten, aportándola junto con los originales, así como a la devolución de éstos, salvo cuando los originales deban obrar en un procedimiento.

4. Formular alegatos y presentar documentos en los procedimientos administrativos en los términos o lapsos previstos legalmente.

5. No presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate.

6. Obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar.

7. Acceder a los archivos y registros de la Administración Pública en los términos previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley.

8. Ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades, funcionarios y funcionarias, los cuales están obligados a facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

9. Ejercer, a su elección y sin que fuere obligatorio el agotamiento de la vía administrativa, los recursos administrativos o judiciales que fueren procedentes para la defensa de sus derechos e intereses frente a las actuaciones u omisiones de la Administración Pública, de conformidad con la ley.

En sentido similar, la Ley 19880 de Chile sobre normas básicas del procedimiento administrativo también dispone:

Artículo 17. Derechos de las personas. Las personas, en sus relaciones con la Administración, tienen derecho a:

a) Conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente y la devolución de los originales, salvo que por mandato legal o reglamentario éstos deban ser acompañados a los autos, a su costa;

b) Identificar a las autoridades y al personal al servicio de la Administración, bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos;

c) Eximirse de presentar documentos que no correspondan al procedimiento, o que ya se encuentren en poder de la Administración;

d) Acceder a los actos administrativos y sus documentos, en los términos previstos en la ley;

e) Ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados habrán de practicarse en la forma que resulte más cómoda para ellos y sea compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales o profesionales;

f) Formular alegaciones y aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución;

g) Exigir las responsabilidades de la Administración Pública y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente;

h) Obtener información acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar, e

i) Cualesquiera otros que les reconozcan la Constitución y las leyes.

Igualmente, el cúmulo de derechos de los administrados en el procedimiento administrativo, enumerados detalladamente en el artículo 55 de la Ley peruana, así:

1. La precedencia en la atención del servicio público requerido, guardando riguroso orden de ingreso.

2. Ser tratados con respecto y consideración por el personal de las entidades, en condiciones de igualdad con los demás administrados.

3. Acceder, en cualquier momento, de manera directa y sin limitación alguna a la información contenida en los expedientes de los procedimientos administrativos en que sean partes y a obtener copias de los documentos contenidos en el mismo sufragando el costo que suponga su pedido, salvo las excepciones expresamente previstas por ley.

4. Acceder a la información gratuita que deben brindar las entidades del Estado sobre sus actividades orientadas a la colectividad, incluyendo sus fines, competencias, funciones, organigramas, ubicación de dependencias, horarios de atención, procedimientos y características.

5. A ser informados en los procedimientos de oficio sobre su naturaleza, alcance y, de ser previsible, del plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación.

6. Participar responsable y progresivamente en la prestación y control de los servicios públicos, asegurando su eficiencia y oportunidad.

7. Al cumplimiento de los plazos determinados para cada servicio o actuación y exigirlo así a las autoridades.

8. Ser asistidos por las entidades para el cumplimiento de sus obligaciones.

9. Conocer la identidad de las autoridades y personal al servicio de la entidad bajo cuya responsabilidad son tramitados los procedimientos de su interés.

10. A que las actuaciones de las entidades que les afecten sean llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible.

11. Al ejercicio responsable del derecho de formular análisis, críticas o a cuestionar las decisiones y actuaciones de las entidades.

12. A exigir la responsabilidad de las entidades y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente, y

13. Los demás derechos reconocidos por la Constitución o las leyes.

Por su parte, como se ha visto, una de las partes medulares de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos está dedicada a establecer y regular los derechos de los administrados en relación a la Administración[1], como consecuencia del equilibrio que siempre busca el derecho administrativo, entre los poderes de la Administración, por una parte, y los derechos de los particulares.

---

1 Sobre los derechos de los administrados véase Manuel Rachadell, "Las garantías de los administrados en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos" en el libro que edita el Instituto de Derecho Público, *El Procedimiento Administrativo* (en prensa), Vol. IV del *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración,* Caracas 1982; Hildegard Rondón de Sansó, *El Procedimiento Administrativo,* Caracas 1976, p. 82 y ss.; Hildegard Rondón de Sansó, "Análisis Crítico de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos", en *Revista del Consejo de la Judicatura,* N° 22, Caracas 1981, p. 27 y ss.

Como hemos dicho, este balance no siempre ha sido constante en la historia del derecho administrativo, de manera que a veces, la balanza se ha inclinado a favor de la Administración a través del otorgamiento de poderes y prerrogativas mediante ley, no garantizándose al particular derechos frente a ella. En otros casos, por ejemplo, en sistemas políticos absolutamente liberales, la balanza se ha inclinado en otro sentido, y el particular ha tenido sólo derechos y la Administración pocos poderes.

Antes de que se promulgara la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la situación en Venezuela era de desbalance: muchas potestades, poderes y prerrogativas de la Administración y muy pocos derechos de los administrados frente al Estado, por lo cual muchas veces eran aplastados por éste, encontrándose desasistidos e indefensos. Por eso, la Ley ha tenido una gran importancia en el sentido de haber otorgado por primera vez en el ordenamiento, un conjunto de derechos a los particulares en sus relaciones con la Administración Pública.

Ahora bien, además de los derechos antes mencionados derivados del principio de la participación, y resumiendo e integrando los mismos con otros derechos específicos de los administrados, se pueden identificar tres grupos o conjuntos de derechos de los administrados ante la Administración Pública y en el procedimiento administrativo: por una parte, derechos en relación a la Administración; en segundo lugar, derechos en relación al procedimiento en concreto; y en tercer lugar, derechos en relación a los actos administrativos.

1. *Derechos en relación con la Administración*

En relación a la Administración, la Ley consagra una serie de derechos a favor de los interesados que antes hemos analizado o mencionado: derechos de petición y a la respuesta; derecho a la igualdad; derecho a la estabilidad o seguridad jurídica; derecho a la información; derecho a la certeza y derecho a la prescripción.

A. *El derecho de petición y a la oportuna respuesta*

El primero de estos derechos, al cual ya hemos hecho referencia, es la consagración en la Ley, del derecho de petición[2] que, en general está establecido en el Artículo 51 de la Constitución. Hemos dicho que la Constitución establece el derecho de todos a representar y dirigir peticiones ante cualquier entidad o funcionario público sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos, y además consagra el derecho a obtener oportuna respuesta.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos recoge el mismo derecho de petición en su Artículo 2°, pero lo regula como un derecho de los interesados, es decir, de aquellos que puedan alegar una lesión a sus intereses personales, legítimos y directos o a sus derechos subjetivos, al prescribir que los funcionarios deben resolver las instancias o peticiones que se le dirijan.

Este derecho lo refuerza la Ley Orgánica de la Administración Pública en cuanto a su garantía, al disponer en su artículo 9º, que los funcionarios de la Administración Pública:

---

2 Sobre el derecho de petición, véase José Guillermo Andueza, "El derecho de petición y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos" y Cecilia Sosa, "Comentario sobre el derecho de petición en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos" en el libro del Instituto de Derecho Público, *El Procedimiento Administrativo* (en prensa), Vol. IV del *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración,* Caracas, 1982. Véase también Alejandro Graterol M., "Notas sobre el derecho de petición en el ordenamiento jurídico nacional" en *Revista del Colegio de Abogados del Estado Falcón,* Nº 11, Coro 1979, pp. 21-53; Véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Procedimiento Administrativo,* Madrid 1990, pp. 141 y ss.

> [Tienen] la obligación de recibir y atender, sin excepción, las representaciones, peticiones o solicitudes que les formulen los particulares en las materias de su competencia ya sea vía fax, telefónica, electrónica, escrita u oral; así como de responder oportuna y adecuadamente tales solicitudes, independientemente del derecho que tienen los particulares de ejercer los recursos administrativos o judiciales correspondientes, de conformidad con la ley.

En caso de que un funcionario público se abstenga de recibir las representaciones o peticiones de los particulares o no den adecuada y oportuna respuesta a las mismas, deben ser sancionados de conformidad con la ley (Art. 9).

El derecho de los administrados, por tanto, se traduce en una obligación de los funcionarios a decidir, y en su caso, si el funcionario estima que no debe decidir en concreto, a expresar los motivos que tuviere para no hacerlo. La Ley, por tanto, garantiza que el funcionario no debe guardar silencio, que es uno de los principales problemas de la Administración, sino que está obligado a decidir, o si él estima, en un caso concreto, que no debe decidir, debe decir por qué no lo hace, en forma motivada. Con esto la Ley buscó concretar el derecho de petición y a obtener oportuna respuesta.

Por otra parte, la oportunidad de la respuesta se refleja en los lapsos que la Ley da a los funcionarios para decidir: si se trata de una petición que no requiere sustanciación, el funcionario tiene un lapso de 20 días hábiles para tomar la decisión, de acuerdo al Artículo 5 de la Ley. Si se trata de un procedimiento que sí requiere sustanciación, conforme al Artículo 60, el funcionario tiene un lapso de cuatro meses y dos meses de prórroga para tomar la decisión, o sea, un lapso máximo de seis meses. Por último, si se trata de un procedimiento sumario que puede ser resuelto, por vía expedita, la decisión debe tomarse en 30 días hábiles, de acuerdo al Artículo 67 de la Ley.

Por tanto, el derecho a obtener oportuna respuesta derivado del derecho de petición se concreta en la Ley, disponiendo que esa oportunidad es de 20 días, 6 meses o 30 días, según que se trate, respectivamente, de un procedimiento que no requiere sustanciación, que si lo requiere o que sea de carácter sumario. Si transcurre el lapso oportuno y la Administración no decide, se aplica lo establecido en el Artículo 4º de la Ley, es decir, opera el silencio administrativo tácito negativo, que implica que cuando no se resolviere un asunto o un recurso dentro de los correspondientes lapsos, se considerará que la Administración ha resuelto negativamente el asunto o recurso, a los efectos de que el interesado puede intentar los recursos inmediatos siguientes.

En esta forma, si no se decide el asunto o recurso dentro de los lapsos establecidos se considera que hay una decisión administrativa tácita, denegatoria del recurso o solicitud, y el efecto de que se considere que hay un acto administrativo tácito negativo, es que el particular tiene garantías jurídicas contra la inacción, es decir, contra la decisión derivada del silencio administrativo.

Con anterioridad a la Ley Orgánica, salvo por lo que respecta al recurso contencioso-administrativo de anulación en los casos de silencio en la decisión de los recursos administrativos, previsto en el Artículo 134 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (actual artículo 21, párrafo 21º de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), en caso de solicitudes no decididas por la Administración, el particular no tenía medios de protección. Por eso la Ley Orgánica, con esta regulación busca garantizar realmente al particular, el derecho a obtener esa oportuna respuesta, que se vincula a los señalados lapsos que prevé la propia Ley.

B. *El derecho a la participación en la elaboración de actos administrativos de efectos generales*

Además del derecho de los administrados a la participación en los asuntos administrativos que garantiza el artículo 62 de la Constitución, y al cual nos hemos referido ampliamente, debe destacarse el derecho específico de los administrados de participar en la elaboración de los actos administrativos de efectos generales o reglamentos. Ello está establecido expresamente en la ley Orgánica de la Administración Pública, como una consulta obligatoria, aun cuando no vinculante, que la Administración Pública está obligada a hacer, al punto de que el artículo 137 de la Ley Orgánica dispone la nulidad absoluta del acto que se apruebe sin que se haya realizado la consulta.

C. *El derecho a la igualdad*

Además del derecho de petición y a obtener respuesta, otro derecho fundamental de los interesados que se establece en la Ley en relación a la Administración, también ya destacado, es el derecho a la igualdad[3].

En general, los particulares tienen el derecho a la igualdad derivado del Preámbulo y del Artículo 21 de la Constitución, donde se prohíbe toda clase de discriminación, lo que se aplica en sus relaciones con la Administración, en relación a la cual los particulares, por tanto, tienen el derecho a un trato igual, no discriminatorio e imparcial.

El principio de la imparcialidad, en efecto, está consagrado en el Artículo 30 de la Ley además de como un principio del procedimiento administrativo, como un derecho del particular a que la Administración no se parcialice en la resolución de los asuntos, por ninguna de las partes. Esto trae consecuencias: la Administración debe respetar el orden de los asuntos conforme a su presentación, de acuerdo al Artículo 34 de la Ley; y si el funcionario se encuentra en alguna situación que pueda comprometer su imparcialidad, debe inhibirse de acuerdo a lo regulado en el Artículo 36 de la Ley, para asegurar la igualdad y la imparcialidad del procedimiento.

D. *El derecho a la estabilidad de las decisiones y a tener confianza en la conducta de la Administración*

El tercer derecho de los interesados frente a la Administración es el derecho a la estabilidad o a la seguridad jurídica que tienen los particulares en relación a los actos administrativos; lo que implica también, el derecho de los administrados a tener confianza en la conducta de la Administración y de sus funcionarios, es decir, el lo que digan y hagan, y en las expectativas que legítimamente generen.

La Administración no puede estar variando sus criterios o sus actos a cada rato, porque lesionaría la seguridad jurídica, ya que el interesado no sabría a qué atenerse frente a la Administración. Por tanto, la actuación de la Administración tiene que asegurar condiciones mínimas de estabilidad y permanencia de su actuación.

La Administración, por supuesto, aun cuando tome decisiones con base en un criterio, podría posteriormente cambiarlo, pues no se trata de inmovilizar la actuación administrativa. Sin embargo, de acuerdo al Artículo 11 de la Ley Orgánica, y si bien la Administración

---

3 Véase Hermana Petzold Pernía, La noción de igualdad en el derecho de algunos Estados de América Latina, Maracaibo, 1974; Cecilia Sosa, "El principio de igualdad y la Administración reguladora de la economía" en Revista de Derecho Público, Nº 2, Caracas, 1980, pp. 37-52. Véase la jurisprudencia sobre el principio de la igualdad en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo I, Caracas, 1975, p. 395 y ss.

puede modificar los criterios que tiene para decidir y puede adoptar nuevas interpretaciones, ello no implica que pueda aplicar esas nuevas interpretaciones a situaciones jurídicas anteriores ya decididas, pues de lo contrario no habría estabilidad, ni confianza ni seguridad jurídica en las decisiones. Sólo se exceptúa de la no aplicación de nuevas interpretaciones a situaciones anteriores, los casos en los cuales la nueva interpretación sea más favorable para el administrado, por lo que si lo perjudica no se podría en ninguna forma aplicar retroactivamente la nueva interpretación. Por tanto, el derecho a la estabilidad, a la confianza legítima y a la seguridad jurídica, implica el principio de la irretroactividad de los actos administrativos que también se deriva, como principio general del derecho, del Artículo 24 de la Constitución.

En consecuencia, cuando se produzca en la Administración una nueva interpretación, modificándose los criterios anteriores, los actos cumplidos anteriormente, quedan firmes y no pueden ser modificados. Tampoco tendría derecho el particular a solicitar que la Administración los modifique.

Esto conduce, como consecuencia del derecho a la estabilidad y a la seguridad jurídica, a otro principio que es el de la irrevocabilidad de los actos administrativos. En efecto, los actos administrativos cuando han creado derechos a favor de particulares no pueden ser revocados libremente por la Administración; principio, que derivado del derecho a la estabilidad y a la seguridad jurídica, se establece en el Artículo 82 de la Ley. En esta norma se dispone que los actos administrativos que no originen derechos subjetivos legítimos, personales y directos para un particular, pueden ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, por la autoridad administrativa que lo dictó o por el superior jerárquico. Por tanto, por interpretación a contrario del Artículo 82 resulta que cuando un acto administrativo sí origine derechos a favor de particulares, es irrevocable, lo cual, además, está confirmado en el Artículo 19, ordinal 2° de la Ley que declara nulos, de nulidad absoluta, los actos administrativos que revoquen actos anteriores que habían creado derechos a favor de particulares.

E. *El derecho a la información*

El cuarto derecho de los particulares frente a la Administración es el derecho a la información, al cual nos hemos referido en diversas oportunidades. En relación con el mismo, además, el artículo 143 de la Constitución establece un conjunto normativo innovador, consagrado el derecho de los ciudadanos a ser informados oportuna y verazmente por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten; el derecho a ser noticiados de los actos administrativos y a ser informados de los trámites del procedimiento administrativo.

Estos principios los ha desarrollado la Ley Orgánica de la Administración Pública estableciendo que la Administración Publica Nacional, de los Estados, de los Distritos metropolitanos y de los Municipios deben establecer sistemas que suministren a la población la más amplia, oportuna y veraz información sobre sus actividades, con el fin de ejercer el control social sobre la gestión pública. Cualquier particular puede solicitar de los órganos y entes de la Administración Pública la información que desee sobre la actividad de éstos de conformidad con la ley (art. 138).

Todos los órganos y entes de la Administración Pública deben mantener permanentemente actualizadas y a disposición de las personas, en las unidades de información correspondientes, el esquema de su organización y la de los órganos adscritos, así como guías informativas sobre los procedimientos administrativos, servicios y prestaciones aplicables en el ámbito de su competencia y de sus órganos adscritos (art. 139).

En cuanto a los documentos en poder de la Administración Pública, el artículo 158 de la LOAP, dispone que debe ser objeto de periódica publicación, la relación de los documentos que estén en poder de las Administración Pública sujetos a un régimen de especial publicidad por afectar a la colectividad en su conjunto y cuantos otros puedan ser objeto de consulta por los particulares.

También deben ser objeto de publicación regular las instrucciones y respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos administrativos que comporten una interpretación del derecho positivo o de los procedimientos vigentes a efectos de que puedan ser alegadas por los particulares en sus relaciones con la Administración (art. 158).

Por otra parte, puede decirse que los administrados también tienen derecho a tener una información general sobre las estructuras, funciones, comunicaciones y jerarquías de las dependencias administrativas. Así se prevé en el Artículo 33 de la Ley, y además se dispone que las dependencias al servicio del público deben informar a los particulares por medios adecuados, sobre los fines, competencias y funcionamiento de los órganos y servicios administrativos. Este artículo regula, por tanto, un derecho general a ser informado, sobre cómo funciona la Administración y cuáles son los procedimientos y trámites que hay que cumplir en los diversos casos, lo que implica, asimismo, derechos a que se indiquen los formularios y requisitos que hay que llenar en cada caso.

Pero además de este derecho general, también hay un derecho particular a ser informado, por ejemplo, en los casos en que pueda haber alguna falla en la tramitación que inicia el particular. Hay una consagración general de este derecho específico a ser informado en el Artículo 45 de la Ley, que indica que los funcionarios del registro de documentos deben advertir a los interesados de las omisiones y de las irregularidades que observen al iniciarse un procedimiento con la entrega de la solicitud respectiva, sin que puedan negarse a recibirla. Por tanto, cuando se entrega una petición a un organismo público, el funcionario del registro no puede negarse a recibirla si no contiene todos los elementos que exige la Ley, pero sí está obligado a decirle al interesado cuáles son las faltas de la solicitud, quien, en este caso, tiene un derecho a ser informado específicamente. Además, este derecho concreto a ser informado de fallas, u omisiones, se consagra también con posterioridad a la introducción de los documentos respectivos en el registro. Por ejemplo, en las solicitudes que no requieren sustancien y que deben ser resueltas en lapso breve de veinte días de acuerdo al Artículo 5 de la Ley, la Administración está obligada a informar al interesado, por escrito, dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la documentación, de la omisión o incumplimiento por aquél de algún requisito para que lo subsane. En igual forma este derecho está regulado en el Artículo 50 de la Ley, en aquellos casos en los cuales el procedimiento sí requiere sustanciación: en este supuesto, cuando en el escrito o solicitud falte algún requisito de los exigidos en el Artículo 49 de la Ley, la autoridad competente para iniciar las actividades debe notificar al interesado presentante, comunicándole las omisiones o fallas observadas en su documento, para que las subsane en un plazo de 15 días.

Todas estas normas, por supuesto, cambiaron totalmente el panorama anterior de la acción administrativa. Antes, si un particular presentaba una documentación incompleta, normalmente la Administración no se lo advertía y después de unos meses le indicaba que no había presentado completo el expediente. Ahora, la Administración está obligada a advertirle al particular, en breve lapso, qué es lo que le falta, para que pueda completarlo, por lo que la Administración no puede ir posponiendo la tramitación de un asunto bajo la excusa de que faltan documentos.

En todo caso, este derecho a ser informado en concreto, lo regula la Ley sólo en el caso de peticiones o solicitudes, pero no lo establece en caso de recursos. Por tanto, si un particular inició un procedimiento ante una Administración Pública, y el procedimiento concluyó con una decisión, en el momento en el cual el interesado vaya a intentar un recurso

cualquiera contra el acto administrativo, debe necesariamente cumplir con todos los requisitos que exige el Artículo 49 de la Ley. En estos casos, si no lo hace, ello es a su riesgo y en este caso la Administración no está obligada a advertir de las omisiones o fallas, sino que, simplemente, de acuerdo al Artículo 86 de la Ley, la Administración debe declarar inadmisible el recurso si no cumple los requisitos formales. En este caso, debe tenerse en cuenta que el particular ya ha estado en relación con la Administración, y conoce las exigencias formales, por lo que no tiene razón a estar siempre tutelado.

Por ello, en caso de recursos o de procedimientos de impugnación, el Artículo 86 no prevé el derecho concreto del interesado a la información, originando el incumplimiento de los requisitos formales, pura y simplemente, la inadmisibilidad del recurso.

F. *El derecho a la racionalidad administrativa y a la simplificación de los trámites*

Otro derecho del interesado en relación a la Administración es el derecho a la racionalidad de la actuación administrativa y a la simplificación de los trámites, es decir, el derecho a que la Administración siga las fórmulas racionales, lo cual se deriva del principio de la racionalidad, que establece indirectamente el Artículo 30 de la Ley; materia que se regula, además, en la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos.

Por tanto, el derecho a la racionalidad implica que la Administración debe actuar de acuerdo a una serie de formas, uniformemente prescritas, que sean inteligibles por todos los particulares, en las cuales se establezcan las características que deben tener, no sólo cada documento y cada exigencia procedimental, sino cada fase del procedimiento. Por ello el Artículo 32 de la Ley exige a la Administración el que deba racionalizar sus sistemas y métodos de trabajo, adoptando las medidas y procedimientos más idóneos.

G. *El derecho a la prescripción*

Por último, también puede considerarse como un derecho de los interesados en relación a la Administración, el derecho a la prescripción. En efecto, cuando se trata de actos administrativos que imponen o crean obligaciones a los particulares, éstos no pueden estar sujetos eternamente a dichas obligaciones, sino que tienen derecho a oponerse a su cumplimiento y a que las mismas prescriban por el transcurso del tiempo. En esta forma, el Artículo 70 de la Ley Orgánica expresamente señala que las acciones que provengan de estos actos creadores de obligaciones prescriben en el término de cinco años. Por tanto, si se trata de actos administrativos que imponen obligaciones de hacer (órdenes) o de no hacer (prohibiciones) a un particular, transcurridos cinco años a partir del momento en el cual comenzaron a surtir efectos, si la Administración inicia acciones para ejecutarlos, el interesado puede oponerse a la ejecución de los mismos, alegando la prescripción. La interrupción de la prescripción o la suspensión de los lapsos respectivos, se rigen, en todo caso, por el Código Civil.

Debe señalarse, además, que la Ley Orgánica establece el procedimiento para el caso de que el interesado se oponga a la ejecución de un acto administrativo alegando la prescripción: en estos casos, conforme al Artículo 71, la autoridad administrativa a la que corresponda el conocimiento del asunto procederá, en el término de treinta días hábiles a verificar el tiempo transcurrido y las interrupciones o suspensiones habidas, si fuese el caso, y a decidir lo pertinente.

2. *Derechos en relación con el procedimiento*

Además del grupo de derechos de los administrados frente a la Administración como instrumento de acción del Estado, pueden también distinguirse otra serie de derechos de los

particulares, pero en relación al procedimiento administrativo concreto, que fueron consagrados por primera vez en el derecho positivo con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Estos son, el derecho a la defensa, el derecho a la celeridad, el derecho al orden en las decisiones, el derecho a desistir del procedimiento, y el derecho de queja.

A. *El derecho a la defensa*

El derecho a la defensa ante la Administración, y en el curso de un procedimiento administrativo puede decirse que fue una construcción jurisprudencial[4] derivada del principio constitucional consagrado en el artículo 68 de la Constitución de 1961, el cual se refería básicamente a los procesos judiciales; y ahora previsto en el artículo 49 de la Constitución de 1999 para todos los procedimientos tanto judiciales como administrativos. La jurisprudencia de la antigua Corte Suprema, en todo caso, había extendido este derecho a la defensa de rango constitucional, respecto a todos los procedimientos y, particularmente, respecto al procedimiento administrativo.

Este derecho, a la defensa, previsto con carácter general como principio constitucional y adoptado y aceptado por la jurisprudencia en materia administrativa, tiene una consagración múltiple en la Ley Orgánica, la cual en diversas normas, precisa su sentido y manifestaciones. Se regulan así, los siguientes derechos conexos: el derecho a ser oído, el derecho a hacerse parte, el derecho a ser notificado, el derecho de acceso al expediente, el derecho a presentar pruebas y el derecho a ser informado de los recursos para ejercer la defensa.

a. *El derecho a ser oído*

En primer lugar, la Ley establece expresamente el derecho del interesado a ser oído[5], el cual es la base del derecho de la defensa.

No puede hablarse de posibilidad siquiera de defensa si no es convocado u oído el particular; es decir, se trata del derecho a la audiencia que tiene todo interesado, consagración positiva del principio que la jurisprudencia había establecido como el de *audi alteram parti,* es decir, el derecho a oír a la otra parte.

Este derecho está previsto expresamente en los Artículos 48 y 68 de la Ley.

El Artículo 48 por ejemplo, establece que en los casos de procedimientos administrativos que se inician de oficio, la Administración, al ordenar la apertura del procedimiento, lo primero que debe hacer, es notificar a los particulares cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos puedan resultar afectados, y debe concederles a los interesados, un lapso de 10 días para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones, con lo cual, insistimos, por primera vez, con carácter general en el derecho positivo, se consagra el derecho a la defensa desinteresado, al asegurársele el derecho a ser oído.

---

4 Véase Allan R. Brewer-Carías y Mary Ramos Fernández, "Evolución jurisprudencial del derecho a la defensa en el procedimiento administrativo" en *Revista de Derecho Público,* Nº 7, Caracas 1981, pp. 197-203. En particular véase la jurisprudencia sobre la materia en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974* y *Estudios de Derecho Administrativo,* Tomo III, Vol. I, Caracas 1976, p. 150 y ss., y en Mary Ramos Fernández, "Jurisprudencia administrativa y constitucional", en *Revista de Derecho Público,* Nº 1, Caracas 1980, p. 124 y ss.; Nº 2, Caracas 1980, pp. 112 y 120; Nº 3, Caracas 1980, p. 121; Nº 5, Caracas 1981, p. 111.

5 Sobre el derecho a la audiencia del interesado, véase Hildegard Rondón de Sansó, "Estudio Preliminar" en *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos,* EJV, Caracas 1981, p. 41 y ss. Véase, además, la jurisprudencia que recoge Mary Ramos Fernández en "Jurisprudencia administrativa y constitucional" en *Revista de Derecho Público,* Nº 6, Caracas 1981, pp. 143-146; y en cuanto a la doctrina administrativa véase *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1969,* Caracas 1970, p. 24.

Por supuesto, se trata, si se quiere, de un derecho elemental, pero también a pesar de ello, de un derecho que era regular y tradicionalmente vulnerado por la Administración. Puede decirse que, en general, la Administración normalmente no convocaba a los interesados y con frecuencia dictaba decisiones a espaldas de los interesados. Era muy frecuente que el particular se enterara de una decisión, cuando se la notificaban, y no tenía asegurado, en el procedimiento constitutivo del acto, este derecho a ser oído y a través del mismo, el derecho a poder alegar sus razones. Por ello esta norma tiene enorme importancia, pues asegura a los particulares el derecho a ser oído con anterioridad a la decisión para poder ejercer su defensa.

Este derecho también está regulado en el Artículo 68 de la Ley, que se refiere a los procedimientos sumarios. Establece esta norma que en estos procedimientos sumarios, el funcionario sustanciador, con autorización del superior y *previa audiencia de los interesados,* podrá determinar que se siga el procedimiento ordinario. Se trata, aquí también, de una consagración concreta del derecho a ser oído, es decir, de la audiencia al interesado, quien, para el cambio de procedimiento por la autoridad administrativa, debe ser convocado previamente para poder exponer sus razones.

b. *El derecho a hacerse parte*

El derecho a la defensa tiene otra manifestación concreta en el derecho a hacerse parte en el procedimiento. En efecto, no sólo tienen derecho a hacerse parte en el procedimiento los interesados que hubiesen intervenido en la iniciación del mismo, sino que, iniciado un procedimiento por algún particular, puede haber otro interesado que tenga interés en el procedimiento. Por ello, al Artículo 23 de la Ley Orgánica señala que estos interesados, aun cuando no hubiesen intervenido en el inicio del procedimiento, pueden apersonarse en el mismo en cualquier estado en que se encuentre la tramitación, con lo cual se asegura, siempre a todo interesado, el derecho a hacerse parte, en el procedimiento y poder alegar las razones que tenga en relación a la decisión que ha sido solicitada de la Administración.

c. *El derecho a ser notificado*

Parte también del derecho a la defensa, es el derecho que tienen los interesados a ser notificados de las decisiones administrativas.

La notificación, en efecto, se consagra como un derecho en los procedimientos que se inicien de oficio, en cuyo caso, expresamente el Artículo 48 exige que se notifique a los particulares cuyos derechos subjetivos e intereses legítimos, personales y directos pueden estar afectados por el procedimiento.

Por otra parte, la Ley Orgánica regula el derecho a ser notificado, en cuanto a la formalidad de la notificación, para la eficacia de los actos administrativos. Así, todo acto administrativo, una vez dictado, si afecta derechos de los particulares, debe ser notificado personalmente a éstos, y la Ley regula en los Artículos 72 y siguientes, todos los requisitos que deben tener las notificaciones. Puede decirse que aquí también estamos en presencia de una muy novedosa regulación en el derecho administrativo, relativa a las notificaciones. Puede decirse que no había, hasta ahora, regulaciones generales, en esta materia, y al contrario, ahora se establece expresamente, que todo acto administrativo de carácter particular que afecte derechos, o intereses legítimos, personales y directos de los administrados, debe ser notificado, conforme a los requisitos formales previstos en el Artículo 73.

En efecto, conforme a este último Artículo la notificación debe contener el texto íntegro del acto y además, la indicación de cuáles recursos proceden contra ese acto. Se trata de unos requisitos de tal naturaleza, que si la notificación se formula sin cumplirlos, se entiende que la notificación no produce ningún efecto. Por ello, se regulan expresamente, en el Artículo 74, las llamadas notificaciones defectuosas, es decir, que no cumplan todos los

requisitos que señala el Artículo 73, esto es, que no contengan el texto íntegro del acto o que no indiquen al particular, los recursos que éste tiene y los lapsos y los órganos para poder atacarlos.

En esta forma, también, por primera vez, se regula la consecuencia de los defectos de la notificación, al establecerse que ésta si no contiene los requisitos mencionados, no produce ningún efecto.

Por otra parte, debe señalarse que la notificación es un acto que busca poner en conocimiento al interesado, en forma personal, de la decisión administrativa. Por eso, la Ley establece con detalle en los Artículos 75 y siguientes, las formalidades de la notificación y sólo permite la posibilidad de la publicación del acto, cuando la notificación sea impracticable. Es decir, cuando no pueda notificarse el acto, personalmente al interesado, la Administración puede acudir, por vía subsidiaria, a la publicación del acto, pero no ya en la Gaceta Oficial, sino en un diario de mayor circulación. En realidad, sólo pueden y deben publicarse en la Gaceta Oficial los actos administrativos de efectos particulares, cuando la Ley establezca expresamente, que deban publicarse en dicho medio. Esto tiene mucha importancia porque, formalmente, de acuerdo a la Ley, un acto de efectos particulares surte efecto con la notificación personal y no con la publicación en Gaceta. Sin embargo, era muy común encontrar en la Gaceta Oficial de la República, la publicación de actos de efectos particulares entendiéndose tradicionalmente que el acto surtía efectos a partir de la publicación en Gaceta. Sin embargo, de acuerdo a la Ley, si un texto legal no exige expresamente que el acto de efectos particulares deba publicarse, lo cual no es muy normal ni frecuente, el acto debe notificarse personalmente de acuerdo a los requisitos que establecen los Artículos 74 y siguientes de la Ley, con lo cual, la práctica de publicar actos de efectos particulares en la Gaceta Oficial, entendiendo que con esto ya el acto surtía efectos, es una práctica que se encuentra ahora, limitada por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

d. *El derecho a tener acceso al expediente*

Además del derecho a la audiencia del interesado, a ser oído, a hacerse parte y a ser notificado de los procedimientos, otra manifestación del derecho a la defensa, de gran importancia, y también tradicionalmente violentado por la Administración, es el derecho de los interesados a tener acceso al expediente administrativo[6], que establece expresamente en el Artículo 59 de la Ley Orgánica. Conforme a este Artículo, los interesados y sus representantes tienen el derecho de examinar en cualquier estado o grado del procedimiento, el expediente respectivo, y de leer y copiar cualquier documento contenido en el mismo e inclusive, de pedir certificación del mismo. Este, por supuesto, es un derecho del interesado que se configura como la base para su defensa.

Este Artículo 59 de la Ley Orgánica también va a variar una actitud tradicional de la Administración, y que consistía en ocultar el expediente, o llevar varios expedientes, uno para consulta y otro para decidir. No era infrecuente que la Administración se negara a enseñarle al particular documentos que en el expediente pudieran darle la razón, y mostrarle sólo aquellos informes o documentos que iban en contra del interés o derecho del particular.

---

6 Sobre el problema de la reserva y secreto de los archivos de la Administración en la Jurisprudencia, véase Mary Ramos Fernández, "Jurisprudencia Administrativa y Constitucional" en *Revista de Derecho Público,* Nº 5, Caracas 1981, p. 92. En la doctrina administrativa, véase la *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1973,* Caracas 1974, pp. 96 y 299; y *Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1969-1976,* Contraloría General de la República, Caracas 1976, Tomo V, p. 969-979.

No era infrecuente, en efecto, que, al acudir a una oficina pública, el interesado no lograra que le enseñaran el expediente, el cual era considerado, siempre, como reservado o secreto, y si lograba que le enseñaran algún documento del mismo, normalmente eran aquellos documentos que no le favorecían, sin embargo, todos aquellos dictámenes y opiniones que podían resultarle favorables, en general se guardaban y siempre se mantenían en reserva. Esto no podrá suceder, de acuerdo a la nueva Ley. No olvidemos que existe obligación de la Administración, de formar un expediente que debe tener una unidad y una integridad, por lo que todo documento concerniente al caso, debe ir a engrosar el expediente. Se asegura así que, con el derecho al acceso al expediente, en cualquier momento, el interesado tiene consagrado efectivamente su derecho a revisar todo el expediente, como base de su derecho a la defensa.

En todo caso, ante el principio general hay una excepción: los interesados no pueden tener acceso a los documentos que sean calificados como confidenciales por el superior jerárquico, los cuales deben archivarse en cuaderno aparte, siendo esta la única excepción a la unidad e integridad del expediente. Por supuesto, aquí también encontramos el principio de que la calificación de confidencial de algunos documentos requiere de una resolución motivada y, por tanto, debe hacerse la explicación formal de por qué se considera confidencial el documento. Esta norma tiene una enorme importancia en las relaciones entre el interesado y la Administración, pues significa cambiar el principio de la confidencialidad por el de la apertura.

Nuestra Administración Pública ha estado signada desde el siglo pasado, por la característica del secreto y de la reserva. La Ley Orgánica de la Administración Central de 1976, inclusive, recoge los viejos artículos del Estatuto Orgánico del Ministerio, al establecer como principio general que los archivos de la Administración Pública son reservados, para el uso oficial (Artículo 54) lo cual implica que no habría posibilidad normal de tener acceso a los expedientes.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, cambia totalmente el sistema y ahora se establece el derecho del interesado a tener acceso al expediente, a poder revisar los documentos, a poderlos leer, a poder obtener copias simples o certificadas, siendo la excepción, el que, en forma expresa y concreta, en un expediente, se califique de confidencial un documento mediante una resolución motivada. Esta sería la única forma de impedirle al particular observar, leer, consultar los documentos, para lo cual esos documentos confidenciales deben archivarse separadamente del expediente central. Por tanto, sin duda, puede ser una revolución administrativa lo que este Artículo de la Ley puede originar, tanto frente a la tradicional reserva de los archivos de la Administración, como frente al derecho de los interesados a tener acceso libre al expediente.

e. *El derecho a presentar pruebas*

Otra manifestación del derecho de la defensa que establece y regula expresamente la Ley, es el derecho, no sólo alegar razones, sino a presentar pruebas, regulado en los Artículos 48 y 58 de la Ley. En el primero se prevé que en los procedimientos que se inician de oficio, el interesado tiene un lapso determinado para exponer sus pruebas y alegar sus razones; y en el Artículo 58 se regulan los medios de prueba, remitiéndose básicamente, a los medios de prueba establecidos en los Códigos de Procedimiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal, lo que evidencia la amplitud considerable de la Ley, en cuanto a los medios probatorios de que pueda disponer el particular para ejercer su derecho a la defensa.

f. *El derecho a ser informado de los recursos*

Una última manifestación del derecho a la defensa es el derecho que tiene el interesado, conforme al Artículo 73, a que se le informe sobre los recursos que puede interponer

contra los actos administrativos para poder defenderse frente a los mismos; es decir, es el derecho a no ser sorprendido por la Administración, con una decisión que a veces no se sabe si es impugnable o no, ante quién y qué lapso tiene. Por tanto, tomada una decisión, se debe indicar al particular qué recurso puede ejercer, ante cuál funcionario y en qué lapso, y ello debe hacerse en la notificación del acto recurrible.

Ahora bien, este derecho a ser informado de los medios de defensa o recursos, tiene una connotación importante en el Artículo 77 de la Ley. En efecto, si en la notificación se le indica al interesado, cómo tiene que hacerse, cuáles son los medios de defensa de los cuales dispone, es decir, cuáles son. los recursos contra el acto, así como los lapsos y el órgano ante el cual deben interponerse, si la información es errada, el error en la notificación no afecta el derecho del particular. En esta forma, expresamente, el Artículo 77 de la Ley señala que si sobre la base de una información errada que contenga la notificación, el interesado hubiese intentado algún procedimiento que sea improcedente, el tiempo transcurrido no se tomará en cuenta a los efectos de determinar el vencimiento de los lapsos que le correspondan para intentar el recurso que sea el apropiado. En estos casos, por tanto, se produce una especie de suspensión de la caducidad en favor del particular cuando intente un recurso improcedente, por una indicación errada de la Administración. Esto nos confirma además, sin duda, en la Ley Orgánica una inclinación importantísima hacia el particular en ese balance de situaciones jurídicas de la Administración y del particular, al regularse, con precisión, este derecho a la defensa, en todas estas manifestaciones señaladas: el derecho a ser oído, a hacerse parte, a ser notificado, a tener acceso al expediente, a presentar pruebas y a ser informado de los medios de recursos de que disponga contra los actos administrativos. Otra manifestación del derecho a la defensa, como la exigencia de motivación de los actos administrativos, se estudiará más adelante.

B. *El derecho a la celeridad administrativa*

También en relación al procedimiento, además del derecho a la defensa con todas estas manifestaciones, en varias normas de la Ley se consagra lo que podríamos denominar el derecho a la celeridad en el procedimiento, el cual también va a afectar la actuación tradicional de la Administración, donde el tiempo no cuenta ni tiene valor. Para un funcionario decirle a un particular que regrese en una semana o dentro de 15 días, es lo mismo, y normalmente pasan meses y no se resuelve el asunto con celeridad. Sin embargo, este desprecio del tiempo ahora tendrá que cambiar al preverse en la Ley este derecho a la celeridad, a los efectos de que los procedimientos se resuelvan rápidamente.

Este derecho, ante todo, se consagra como uno de los principios generales que deben regir la actividad administrativa conforme se establece en el Artículo 30 de la Ley, al mencionar al principio de la economía procesal y al principio de la celeridad, además del de la eficacia e imparcialidad.

a. *El derecho al cumplimiento de plazos*

El derecho a la celeridad se manifiesta, ante todo, en el derecho del interesado a que la Administración respete los lapsos y decida en los términos legales. Por ello, el Artículo 41, establece que los términos y plazos establecidos en la Ley, obligan, por igual, y sin necesidad de apremio, a las autoridades y funcionarios competentes para el despacho de los asuntos. Por tanto, el interesado, puede decirse que tiene un derecho a que la Administración se atenga a los plazos, derecho que, por otra parte, se precisa en las diversas normas que establecen lapsos para decidir. El artículo 59 en relación a los procedimientos que no requieran sustanciación, señala un lapso de 20 día hábiles para las decisiones; en el Artículo 67 en los procedimientos sumarios, establece la obligación de decidir en un lapso de 30 días hábiles, y luego, en los procedimientos que requieren sustanciación, el Artículo 60, establece un

lapso de cuatro meses, con posibilidad de dos meses más de prórroga (6 meses). En esta forma, hay una certeza del particular de obtener una decisión en estos lapsos consagrados en la Ley; además del silencio administrativo negativo como una sanción indirecta a la no decisión rápida de los asuntos en los lapsos prescritos. Por tanto, transcurridos esos lapsos, sin que la Administración decida, se entenderá, de acuerdo al Artículo 4 de la Ley, que la Administración ha resuelto negativamente el asunto o recurso, por lo que, el silencio equivale, al vencimiento de los lapsos, a una decisión denegatoria del recurso o de la solicitud introducida, para beneficio del particular y de su defensa.

b. *El derecho a la actuación administrativa de oficio*

Otra manifestación de este derecho a la celeridad, está en el Artículo 53, que establece la obligación de la Administración de cumplir todos los actos de procedimiento del asunto, asignándole al funcionario, la responsabilidad de impulsar el procedimiento. El procedimiento administrativo no es un procedimiento que se desarrolle sólo de acuerdo a la instancia de los interesados o a lo que éstos aleguen o planteen ante la Administración, sino que la Administración está obligada a seguir el procedimiento y a realizar todos los actos necesarios para que éste concluya, siendo responsabilidad, de la Administración, el impulsar en todo momento el procedimiento. Aquí está el derecho del interesado a que la Administración actúe de oficio, conforme a su obligación.

c. *El derecho a la no suspensión del procedimiento*

Por último, otra consagración muy importante de este derecho a la celeridad en las decisiones administrativas, está en el derecho a la no suspensión del procedimiento administrativo, cuando se trata de una sustanciación meramente administrativa. En efecto, si el funcionario, en el curso del procedimiento, debe obtener informes o dictámenes de otros organismos o de órganos dentro del mismo organismo, el hecho de que no se reciban esos informes, o un dictamen, dice el Artículo 56, no es causa de que se suspenda la tramitación. Por tanto, hay un carácter no suspensivo de la ausencia de recepción de documentos o en general, del hecho de que no se cumpla a nivel administrativo, con trámites que sean meramente administrativos. Así, la excusa tradicional de que un asunto no está resuelto porque se está esperando el dictamen de la Consultoría Jurídica o de una Sala Técnica o de otro funcionario, no suspende el procedimiento, ni suspende el transcurso del lapso para decidir y para que se opere, eventualmente, el silencio administrativo negativo.

Este derecho a la no suspensión del procedimiento existe también, como se verá más adelante, en los casos en los cuales, conforme al Artículo 3º de la Ley, se ejerza un recurso de reclamo contra las omisiones, retardos, distorsiones o incumplimiento de normas procedimentales, por los funcionarios públicos. El ejercicio del recurso de reclamo, en efecto no acarrea paralización del asunto.

C. *El derecho al respeto del orden de las tramitaciones*

Otro derecho de los particulares ante el procedimiento administrativo es el derecho a la igualdad, que se manifiesta particularmente en el respeto, por la Administración, en forma rigurosa, del orden de entrada de los asuntos ante la propia Administración para su decisión. En el despacho de los asuntos, dice el Artículo 34, se respetará rigurosamente el orden en que fueron presentados; orden que debe constar del recibo y de los datos de registro que regula el Artículo 44 de la Ley. Por tanto, aquí se identifica un derecho del administrado a que su asunto sea resuelto en el orden en que entró, y por tanto, tiene el derecho a oponerse e, inclusive, a exigir la imposición de sanciones, cuando este orden se altere si el funcionario prefiere resolver antes, un asunto que haya sido presentado posteriormente.

D. *El derecho de queja*

Otro derecho del particular en relación al procedimiento es el derecho de los interesados que establece el Artículo 3, de quejarse ante el superior jerárquico en los casos de retardo, omisión, distorsión o incumplimiento de cualquier procedimiento, trámite o plazo, en que incurrieren los funcionarios responsables del asunto.

Antes de esta Ley Orgánica, no había regulación expresa, en el derecho positivo, de este derecho del particular de dirigirse al superior jerárquico reclamando las actuaciones del funcionario inferior que implicaran retardos, omisiones, o cualquier otra violación de normas de procedimientos.

La Ley, al regular el reclamo en el Artículo 3º, establece, por otra parte, una vía formal, es decir, se trata de un recurso jurídico que, podríamos llamar recurso de reclamo, que se debe interponer ante el superior jerárquico. El ejercicio de este recurso de reclamo no acarrea paralización de los asuntos. Por tanto, por el hecho de que un funcionario realice determinados actos en el procedimiento, que impliquen omisión, dilación o retardo, el interesado tiene el derecho de quejarse ante el superior y exigir, inclusive, la imposición de sanciones, pero sin que ello implique que el procedimiento se paralice, sino que se continúa, con lo cual se garantiza el derecho a la celeridad antes comentado. En todo caso, debe destacarse que, si el superior jerárquico ante quien se interpone el reclamo, lo considerarse fundado, debe necesariamente de acuerdo al Artículo 3º, imponer al funcionario que ha sido denunciado, las sanciones previstas en el Artículo 100, sin perjuicio de las demás responsabilidades y sanciones a que hubiere lugar.

E. *El derecho a desistir del procedimiento*

Otro derecho que también prevé la Ley Orgánica, y que hasta ahora era materia de principios, es el derecho del particular a desistir del procedimiento, cuando éste se haya iniciado a instancia de parte. Se entiende terminado el procedimiento, dice el Artículo 63 de la Ley, por el desistimiento del interesado de su solicitud, petición o instancia, por lo que se trata de un derecho que sólo puede hacerse valer en los procedimientos que se inician a instancia del interesado.

La Ley establece que este desistimiento debe hacerse por escrito, y en relación al mismo, corresponde al funcionario que conozca del asunto, formalizar el desistimiento por auto escrito y ordenar el archivo del expediente.

Por supuesto, puede haber casos en los cuales exista un interés público en que el procedimiento continúe, a pesar del desistimiento y aun cuando haya sido solicitado a instancia de parte. Por ejemplo, a nivel local, la Administración Municipal puede decidir la demolición de inmuebles, cuando amenacen ruina. Ahora bien, un particular puede dirigirse a la Administración y pedirle que ordene la demolición de un inmueble vecino, porque estima que amenaza ruinas; y puede perfectamentee, con posterioridad desistir de la solicitud. Sin embargo, si del procedimiento, la propia Administración encuentra que realmente el inmueble está en una situación de hecho de amenazar ruina o que amerita el que deba demolerse, en virtud del interés público envuelto, puede decidir continuar el procedimiento a pesar del desistimiento del solicitante.

El Artículo 66 de la Ley Orgánica, en este sentido, expresamente señala, que no obstante el desistimiento, la Administración podrá continuar la tramitación del procedimiento, si razones de interés público lo justifican. En esta forma, se le da potestad a la Administración de continuar el procedimiento de oficio, a pesar del desistimiento del particular. Por supuesto tienen que existir estas razones de interés público, y si bien la Ley no lo dice expresamente, se requeriría de un acto formal que motive la continuación del procedimiento a pesar del desistimiento del particular.

3. *Derechos en relación con los actos administrativos*

Además de esos derechos de los administrados frente a la Administración y al procedimiento, también puede ubicarse un tercer grupo de derechos de los particulares en relación a los actos administrativos, es decir, en relación a aquellas manifestaciones de voluntad expresa de la Administración Pública para producir efectos jurídicos (Artículo 7). Este conjunto de derechos está, también, regulado en forma dispersa en la Ley por lo que ya nos hemos referido indirectamente a algunos de ellos.

A. *El derecho al respeto de las formas*

En primer lugar, puede decirse que hay un derecho al respeto de las formas. La Ley Orgánica, en efecto, o, es un texto que regula el procedimiento, estableciendo trámites, lapsos y requisitos y la Administración está obligada a cumplir esas formalidades necesarias para la validez y eficacia de sus actos. Este derecho al respeto de las formas se deduce, ante todo, del Artículo 1º de la Ley, que establece como obligación de la Administración, ajustar su acción a las prescripciones de la Ley. Pero también se deduce del Artículo 12 el cual si bien regula el acto discrecional, insiste en que aun cuando se trate de actos discrecionales, la Administración debe cumplir, al dictarlos, los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia. Por tanto, habría en primer lugar, en relación a los actos administrativos, un derecho al respeto de las formas y la que estos se dicten dentro de las formalidades prescritas en la Ley.

Por otra parte, las formas que debe revestir el acto administrativo están precisadas en el Artículo 18 de la Ley. Por primera vez, también, en el derecho positivo, se enumeraron en forma extensa cuáles son los requisitos formales que debe contener un acto administrativo, de manera que lo que había sido una tradición jurisprudencial a través de decisiones del Supremo Tribunal, se establece en la Ley con carácter expreso en el Artículo 18 al indicarse los elementos formales que debe contener el acto: el nombre del organismo que dicte el acto; el lugar y la fecha de su emisión; el nombre de la persona a la cual va dirigido; la motivación, es decir, la expresión sucinta de los hechos, razones y sus fundamentos legales; el objeto del acto, es decir, la decisión respectiva, si fuere el caso; el nombre del funcionario o funcionarios que lo suscriben, el sello de la oficina, y la firma autógrafa.

B. *El derecho a la motivación*

Dentro de esos requisitos formales se destaca un segundo derecho del particular frente a los actos administrativos, el derecho a la motivación[7], es decir, el derecho a que la Administración, al decidir, lo haga indicando obligatoria y necesariamente al particular, formalmente, los motivos que tuvo para adoptar la decisión.

La motivación se consagra en el Artículo 9 de la ley Orgánica con carácter general, es decir, todo acto administrativo de carácter particular debe ser motivado, siendo la única excepción, si se trata de actos de simples trámites o de aquellos actos respecto de los cuales una Ley expresa exonere de la obligación de motivarlo.

La motivación significa, conforme expresamente lo exige el Artículo 9 de la Ley, la necesaria expresión de los hechos, es decir, de la causa, (presupuesto de hechos del acto) y

---

[7] Sobre la motivación de los actos administrativos, véase Allan R. Brewer-Carías, "Consideraciones sobre la distinción entre la causa de los actos administrativos y la motivación como requisito de forma de los mismos" en *Revista de la Facultad de Derecho,* Nº 49, Caracas 1971, pp. 233 y ss.; Hildegard Rondón de Sansó, "La motivación de los actos administrativos" en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración,* Instituto de Derecho Público, UCV, Vol. II, Caracas 1970-71, pp. 199-238.

de los fundamentos legales del acto. Este requisito de la motivación previsto en el Artículo 9, está complementado en la misma Ley en el Ordinal 5º del Artículo 18, cuando, al detallar las formas, prescribe que el acto necesariamente debe tener una indicación sucinta de los hechos, de las razones que hubiesen sido alegadas y de los fundamentos legales. Debe advertirse que este Ordinal 5º del Artículo 18, agrega un elemento más respecto de lo que prescribe el Artículo 9. Este Artículo sólo habla de la expresión de los hechos y de los fundamentos legales, es decir, de la causa y de la base legal del acto, pero el Artículo 18 agrega un elemento más: el acto debe contener también, las razones que hubiesen sido alegadas. Es decir, la Administración está obligada a analizar lo alegado por el particular y rechazarlo o admitirlo, pero tiene que analizar esas razones alegadas. Y esa motivación regulada en estas dos normas, se complementa, también, en el Artículo 73 de la Ley, al exigir que la notificación del acto contenga el texto íntegro del mismo, es decir, todos los elementos que precisa el Artículo 18, incluida la motivación, y que implican la decisión. Todo ello debe reflejarse formalmente en la notificación del acto.

Por tanto, de acuerdo con la Ley no es posible notificar el acto administrativo sin indicar expresamente la motivación. Con anterioridad a la Ley, en cambio, sucedía, por ejemplo, que a nivel municipal las decisiones en un Concejo Municipal se toman normalmente después de una larga sesión donde todos los concejales intervenían y discutían, y luego, al particular, cuando se le notificaba el acto, sólo se le indicaba la decisión final, teniendo que pedir copia de la sesión respectiva de la Cámara Municipal, para poder enterarse bien de los motivos. Con la Ley Orgánica, esto ha cesado, y la motivación completa debe expresarse formalmente, pues a la notificación deben incorporarse todos los elementos del acto, incluyendo la expresión clara y concreta de las razones de hecho y de derecho, así como los alegatos del particular.

C. *El derecho a la notificación*

Por ello, vinculado a la motivación y al respeto de las formas, podría decirse que otro derecho del interesado en relación al acto administrativo concreto que se adopte, es el derecho a la notificación. Este derecho existe respecto de los actos de efectos particulares, es decir, que afecten derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos de estos particulares. La notificación conforme al Artículo 75 de la Ley, debe hacerse en el domicilio o residencia del interesado o de su apoderado. Además, para que exista notificación, debe haber un recibo firmado en el cual se deje constancia de la fecha en que se realiza la notificación, del contenido de la misma, así como del nombre y de la cédula de identidad de la persona que reciba la notificación.

Esta formalidad de la notificación que establece el Artículo 75, también tiene una enorme importancia para asegurar los derechos del particular. En general, puede decirse que la Ley exige notificación personal, que debe recibirse con constancia de recibo en el domicilio o residencia del interesado o de su apoderado. Por tanto, no son válidas, conforme á la Ley, las notificaciones realizadas por correo donde no hay constancia de recibo.

Debe aclararse, sin embargo, que cuando afirmamos que la notificación debe ser personal, significa que debe realizarse en el domicilio o residencia del interesado, no necesariamente al interesado personalmente, sino en el domicilio o en su residencia. La puede recibir cualquier persona vinculada a ese lugar, por relaciones familiares o de trabajo, siempre que se deje constancia del recibo v de quién la recibió, a los efectos de poder comprobar qué, en efecto, ha sido una persona vinculada al interesado que vive, reside o trabaja en el lugar, quien ha recibido el documento.

Ahora bien, sólo si la notificación es impracticable porque no se conozca ni la residencia ni el domicilio del interesado, o si se conoce la residencia y el domicilio, sea impracticable porque no se halla nadie en el mismo, se puede proceder a la publicación del acto.

Esta publicación debe hacerse en un diario de mayor circulación en la entidad territorial donde la autoridad que conoce el asunto tenga su sede y ejerza su competencia, y en este caso de publicación, se entiende que ha sido notificado el interesado a los quince días siguientes a la publicación. En caso de no existir prensa diaria en la entidad territorial, debe publicarse en un diario de gran circulación de la Capital de la República.

En todo caso, debe destacarse que no puede realizarse esta publicación del acto en la Gaceta Oficial, ni de la entidad territorial ni de la República, sino que tiene que ser en un diario de mayor circulación. Por tanto, el hecho de que haya imposibilidad de practicar la notificación no da derecho a la Administración a publicar el acto en la Gaceta Oficial, sea de la entidad, sea del ámbito nacional.

D. *El derecho a la suspensión de efectos*

Otro derecho vinculado al acto administrativo es el derecho que consagra la Ley en forma novedosa en materia de ejecución de los actos administrativos, de que se pueda pedir la suspensión de los efectos del acto administrativo en vía administrativa[8]. El Artículo 87 de la Ley, con buen criterio, establece como principio que la interposición de cualquier recurso no suspende la ejecución de los actos impugnados. Se trata de la consagración del principio tradicional de los efectos no suspensivos de los recursos administrativos. Sin embargo, por primera vez, también en el derecho positivo, se reguló la posibilidad de que él interesado pudiera solicitar a la Administración, intentado un recurso administrativo, que suspendan los efectos del acto, es decir, suspenda su ejecución, mientras el recurso administrativo se decide.

Debe destacarse que antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica, la función integradora y creadora del derecho por la antigua Corte Suprema, había conducido a admitir que en vía judicial contencioso-administrativa, el Tribunal podía suspender los efectos del acto administrativo objeto del recurso, si su ejecución pudiera causar gravamen irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva. Luego, la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, en su Artículo 136, consagró expresamente esta posibilidad de que en sede contencioso-administrativa, el recurrente contra un acto de la Administración pudiera solicitar al juez que suspendiera los efectos del mismo; norma que dio origen a una muy rica jurisprudencia tanto de la antigua Corte Suprema como de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, en la cual se establecieron los diversos requisitos y situaciones que se presentaban en materia de suspensión de efectos de actos administrativos en sede contencioso-administrativa.

Pero en vía administrativa no había nada similar; vacío que llenó la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos al regular expresamente, que cuando se intenta un recurso administrativo jerárquico, de reconsideración o revisión, contra un acto administrativo, la Administración puede, de oficio o a petición de parte (con lo cual aquí se consagra el derecho del particular a pedirlo), acordar la suspensión de los efectos del acto recurrido, en el caso de que la ejecución del mismo pueda causar graves perjuicios al interesado, o si la impugnación se fundamenta en vicios de nulidad absoluta del mismo.

Se prevén, por tanto, dos motivos de solicitud de suspensión de efectos de los actos administrativos en vía administrativa: primero, si se alega nulidad absoluta y ya hemos señalado que sólo se prevén cinco causales de nulidad absoluta en el Artículo 19 referidas a

---

[8] Véase Allan R. Brewer-Carías, "Los efectos no suspensivos del recurso contencioso-administrativo de anulación y sus excepciones" en *Revista de la Facultad de Derecho,* Nº 37-38, Caracas 1968, pp. 293-302; Allan R. Brewer-Carías, "Comentarios en torno a la suspensión de efectos de los actos administrativos en vía contencioso-administrativa" en *Revista de Derecho Público,* N° 4, Caracas 1980, pp. 189 a 194.

vicios graves que evidentemente, cuando se alegan, deben provocar a la Administración, el poder suspender los efectos del acto, para no causar perjuicios innecesarios; y segundo, puede pedirse la suspensión cuando la ejecución del acto pueda causar graves perjuicios al interesado. En esos casos, dice la Ley, la Administración debe exigir la constitución de una caución lo cual se formula como una obligación de la Administración. Al contrario, en materia contencioso-administrativo, la Ley Orgánica de la Corte otorga sólo una potestad al Juez de exigir o no caución según el acto y según los perjuicios. En la Ley Orgánica de Procedimientos administrativos, en realidad, se trata de una imposición a la Administración pues si suspende los efectos del acto recurrido, debe pedir la constitución de la caución que considere suficiente, naciendo responsable, al funcionario, en los casos de insuficiencia de la misma. En muchos casos, dada la naturaleza de los actos, esta caución, sin duda, no será necesaria, pero sin embargo, es obligatorio exigirla

En todo caso, esta norma, tiene una enorme importancia, pues con anterioridad era práctica administrativa el que, en la gran mayoría de los casos, si el acto lesionaba el derecho del particular, si éste recurría, la Administración suspendía la ejecución, no mediante un acto formal de suspensión sino simplemente, no ejecutándolo. Piénsese, por ejemplo, en una revocación de un permiso o de una licencia: si el particular reclamaba ante la propia Administración, normalmente la Administración esperaba la decisión del superior jerárquico para ejecutar el acto. Por tanto, puede decirse que era práctica administrativa normal en los actos que podían causar graves perjuicios al particular el suspender su ejecución en caso de recurso. Con la Ley Orgánica, y eso es lo innovador, se regula expresamente este derecho del particular de pedir formalmente la suspensión, cuando se puedan producir perjuicios graves, para evitar así que se produzcan daños innecesarios.

E. *El derecho a la ejecución formal de los actos administrativos*

Otro derecho también previsto expresamente en la Ley es el derecho a la ejecución formal de los actos administrativos, lo que implica la Administración de ejecutar de manera formal los actos, de manera que no se puedan realizar actos materiales de ejecución con anterioridad a la adopción del acto administrativo. En efecto, la Ley Orgánica expresamente establece en el Artículo 78, que ningún órgano de la Administración puede realizar actos materiales de ejecución que menoscaben o perturben el ejercicio de derechos de particulares, sin que previamente haya sido dictada una decisión que sirva de fundamento a tales actos, con lo cual la ejecución material de actos administrativos, cuando es necesario la realización de tales actos materiales, requiere una decisión previa, formal, por parte de la Administración.

Con anterioridad no era infrecuente, que la Administración ejecutara actos materiales sin haber dictado previamente decisiones formales, creando una situación de hecho que luego de tratada de regularizar con una decisión adoptada con posterioridad a la ejecución material. La Ley Orgánica, ahora, expresamente exige que todo acto material esté precedido de un acto formal, de una decisión ejecutiva que la prevea.

Por otra parte, con este Artículo 78 se establece indirectamente, para la teoría de los actos administrativos, la distinción entre actos materiales y actos administrativos; en cuanto a que el acto administrativo es una manifestación de voluntad que produce un efecto jurídico y el acto material, es una actuación que no persigue, *per se,* la producción de efectos jurídicos.

F. *El derecho a recurrir contra los actos administrativos*

Por último, otro derecho del particular frente al acto administrativo es el derecho al recurso, es decir, el derecho a ejercer las defensas administrativas frente a los actos administrativos. Expresamente regulados en los Artículos 85 y siguientes, están todos los recursos

administrativos de revisión, jerárquico y de reconsideración, y se consagran ahora, también, formalmente y con carácter general, como medios jurídicos puestos a disposición de los interesados, para reclamar ante la propia Administración contra sus actos.

Con anterioridad a la Ley no existía una regulación general de los recursos administrativos; de manera que había sido la jurisprudencia y la construcción doctrinal la que había elaborado el sistema de los recursos. Ciertamente, leyes dispersas preveían recursos jerárquicos, de revisión y de reconsideración en casos concretos, pero no había un cuerpo normativo general que los estableciese con sus requisitos y lapsos. En particular, debe destacarse que por ejemplo, en materia de recursos jerárquicos no existía con carácter general lapso de interposición, por lo que había que aplicar en forma analógica, los cinco días previstos en el Código de Procedimiento Civil para las apelaciones. Esto presentaba, sin duda, muchos problemas, porque no existiendo lapsos concretos, la gran mayoría de las veces, no sé seguía ni se respetaba realmente este lapso.

En resumen, en la Ley Orgánica se formalizaron en concreto los recursos, previéndose expresamente en sus Artículos 85 a 99, las vías de impugnación, como derechos del particular frente a la Administración, en vía administrativa.

II. LOS DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS COMO CONSECUENCIA DE LOS DEBERES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Los administrados, como se dijo, tienen derecho a que la Administración esté efectivamente al servicio de los ciudadanos, como lo dispone la Constitución (Art. 142), y que esté fundamentada en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Los administrados, por tanto, tienen derecho a que los funcionarios públicos satisfagan ese fin y lo hagan conforme a los principios indicados, lo que conlleva, por supuesto, paralelamente a la consagración de un conjunto de deberes de los funcionarios públicos en relación con los administrados.

Estos deberes, además de estar regulados en la Ley del Estatuto de la Función Pública, se detallan en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

1. *Los derechos de los administrados derivados de los deberes de los funcionarios conforme a la Ley del Estatuto de la Función Pública*

La Ley del Estatuto de la Función Pública, en la misma línea de la Ley de Carrera Administrativa de 1970, además de regular los aspectos concernientes a la administración del personal público, establece como lo indica su título, el estatuto del funcionario que abarca dos aspectos básicos: los derechos y los deberes de los funcionarios, a los cuales a partir de 1970 se les dio, por primera vez, un tratamiento global.

Si bien es cierto que los derechos de los funcionarios habían tenido una regulación dispersa, incluso antes de su consolidación en las leyes mencionadas, en cuanto a los deberes de los funcionarios públicos, la Ley de Carrera Administrativa fue el primer cuerpo legal que determinó en forma coherente cuáles eran los deberes de los funcionarios de la Administración Pública Nacional[9], sin plantearse la distinción entre las diversas categorías

---

9 Sobre los deberes de los funcionarios públicos conforme a la derogada Ley de Carrera Administrativa, véase Allan R. Brewer-Carías, *El Estatuto de los Funcionarios Públicos en la Ley de Carrera Administrativa*, Caracas 1971, p. 55 y ss.; Allan R. Brewer-Carías, "Los deberes de los funcionarios públicos en la Ley de Carrera Administrativa" en *Revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, Nº 60, Caracas 1971, pp. 62-69; y ss.; Ar-

de funcionarios, pues tanto para el funcionario de libre nombramiento y remoción como para el de carrera, son los mismos. De ahí deriva la existencia de un único régimen aplicable a todos los funcionarios públicos, lo que permite clasificar en cuatro grandes grupos los deberes de los mismos en la Administración Nacional y en relación con los administrados, a cuyo servicio está: el deber general de fidelidad a la Administración, al Estado en general y a sus instituciones; los deberes inherentes al cargo que se está ejerciendo; los deberes propios de la jerarquía administrativa -en especial, el deber de obediencia-, y por último, el deber general de buena conducta.

Todos estos deberes de los funcionarios públicos generan automáticamente derechos de los administrados a que los funcionarios los cumplan.

A. *El derecho a que los funcionarios públicos estén al servicio de los ciudadanos*

Si la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos como lo dispone el artículo 141 de la Constitución, los funcionarios como titulares de los órganos de la Administración también lo están. Y lo están al servicio de todos los ciudadanos, y por supuesto, no a parte de los mismos o a una parcialidad entre ellos. Todos los ciudadanos, por tanto, tienen derecho a que los funcionarios como titulares de órganos de la Administración Pública, estén al servicio de la ciudadanía.

B. *Los derechos a que los funcionarios públicos cumplan su deber general de fidelidad*

Por otra parte, la propia Constitución de la República precisa además, un deber general de los funcionarios públicos de fidelidad, cuando señala expresamente en su artículo 145 que estos están al servicio del Estado y no de parcialidad alguna. Ello implica que no existe ni puede existir ningún deber de fidelidad a un partido político que pueda encontrarse en funciones de gobierno en un momento determinado ni a parcialidad de cualquier tipo. Por lo tanto, la Constitución prescribe un deber de los funcionarios de fidelidad al Estado y a su Administración Nacional, y consecuencialmente, a los ciudadanos a cuyo servicio ésta se encuentra.

Dicho artículo de la Constitución define el ámbito de este tipo de deber y establece sus consecuencias. Realmente, se trata de un deber de lealtad al Estado y a sus instituciones, cuyo incumplimiento iría no sólo contra éste y su Administración, sino también contra la sociedad y sus ciudadanos. Por ello la Constitución exige en su artículo 137, y la Ley del Estatuto de la Función Pública lo confirma en su artículo 33,11 como deber ineludible del funcionario público el cumplimiento de la propia Constitución, de las leyes, los reglamentos, los instructivos y las órdenes que deban ejecutar.

Para garantizar el cumplimiento de este deber la Ley del Estatuto de la Función Pública exige la prestación de un juramento como requisito previo a la toma de posesión del cargo (arts. 18). El sentido del juramento es el de asegurar el indicado deber de fidelidad, pues se refiere a cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes de la República, e indirectamente, a servir al Estado, a su Administración y a los ciudadanos.

Este deber de fidelidad implica el de sostener y defender la Constitución y las leyes, y por tanto conlleva la obligación de aplicarlas cuando el funcionario tiene competencia para ello; sin embargo, no significa en ningún caso coartar la libertad de expresión, que permite

---

mida Quintana Matos, *La Carrera Administrativa* Caracas 1980, p. 99 y ss., y en *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje e Rafael Caldera*, Tomo III, Caracas 1979, p. 1.525 y ss.

a la vez, la crítica al ordenamiento jurídico vigente (art. 57 de la Constitución). Los funcionarios pueden criticar la anormalidad de alguna disposición del orden jurídico; pero cuando guarden reservas sobre su valor, no pueden abstenerse de aplicarla si ello les compete legalmente. En la Administración Pública, por tanto, no se admite, frente a la aplicación de la Ley, lo permitido en materia judicial, y es el que pueda declararse una ley como no aplicable cuando se estima que colinde con una norma constitucional. En materia administrativa, el funcionario puede tener dudas sobre la constitucionalidad de una norma, pero está obligado a cumplirla y a aplicarla, hasta que no sea derogada o declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo de Justicia.

Ahora bien, este deber de fidelidad trae una serie de consecuencias importantes traducidas en deberes subsidiarios, que se, derivan de la propia Constitución.

a. *El derecho a que los funcionarios públicos guarden neutralidad política frente al Estado y a los ciudadanos*

En primer lugar, el deber de neutralidad política. El hecho de que el funcionario público, de acuerdo con la Constitución, esté al servicio del Estado y no de parcialidad política alguna, implica que él mismo debe tener una permanente imparcialidad política frente al Estado y a los ciudadanos. En esta forma, el funcionario público no debe servir a un partido político, apoye éste o no al gobierno, cuando los intereses circunstanciales del mismo puedan mostrarse contrarios al Estado, a su Administración o a otros partidos políticos o grupos de ciudadanos.

En consecuencia, la neutralidad política exige del funcionario público la no participación en actividades políticas en el ejercicio de su función, hasta el punto de que la propia Ley del Estatuto de la Función Publica en el artículo 34,2, prohíbe expresamente a los funcionarios realizar propaganda, coacción pública u ostentar distintivos que los acrediten como miembros de un partido político, todo ello en el ejercicio de sus funciones.

Asimismo, la Ley prevé, como causal de amonestación por escrito, 6. Realizar campaña o propaganda de tipo político o proselitista, así como solicitar o recibir dinero u otros bienes para los mismos fines, en los lugares de trabajo (art. 83,6). En esta forma, la ley busca terminar con la vieja y viciada práctica que conlleva hasta la retención automática de un porcentaje del sueldo de un funcionario con destino a un partido político

b. *El derecho a que los funcionarios públicos se abstengan de recibir honores de gobiernos extranjeros*

El deber de fidelidad comporta también otros aspectos, en particular la tradicional prohibición constitucional contenida en el artículo 149 del texto fundamental, que la Ley recoge, de que acepten cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros, si no media autorización expresa de la Asamblea Nacional (art. 34,4). Los ciudadanos tienen derecho, por tanto, a que los funcionarios públicos no se sujeten a gobiernos extranjeros a través de honores, cargos o recompensas sino con autorización de la representación popular parlamentaria.

c. *El derecho que los funcionarios públicos velen por los intereses de la Administración*

Por otra parte, el principio de fidelidad a la Administración impone una serie de deberes del funcionario público en cuanto a velar por los intereses de la Administración Pública Nacional, es decir, de cuidar los intereses del Estado; lo que a la vez se configura como un derecho de los ciudadanos. La ley y la Constitución, en este sentido, registran una serie de prohibiciones tendientes a garantizar este deber del funcionario en relación a los intereses de la Nación, incluso con preeminencia sobre sus propios intereses particulares.

En este sentido es tradicional en Venezuela la prohibición contenida en el artículo 145 de la Constitución, de que los funcionarios públicos celebren contrato alguno con la República, los Estados, las Municipalidades y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales, ni por si ni por interpuesta persona, ni en representación de otro, salvo las excepciones que establezca la ley; por presumir que si hay un interés particular del funcionario público en un contrato determinado donde tenga interés el Estado, pueda haber colisión entre dichos intereses en perjuicio de este último. La prohibición tradicional de la Constitución la recoge en los mismos términos el artículo 34,1 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Asimismo, la ley amplía la prohibición, hasta el punto de no aceptar que un funcionario pueda iintervenir directa o indirectamente en las gestiones que realicen personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que pretendan celebrar cualquier contrato con la República, los estados, los municipios y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales (Art. 34, 3); y así evita el posible conflicto de intereses que pueda surgir entre el del funcionario que gestiona y el interés de la Administración, el cual debe defender.

Por otra parte, el deber de velar por los intereses de la Administración Pública como parte del deber general de fidelidad, implica también que el funcionario público ha de inhibirse del conocimiento de cualquier asunto en el cual personalmente o a través de terceros tuviere interés directo o bien existiere este interés por parte de su cónyuge o de sus familiares, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (art. 33,10 Ley del Estatuto), lo cual repite el artículo 36, ord. 1º de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. En este sentido, es causal de destitución de acuerdo con el artículo 86,13 de la Ley de Estatuto, el tener participación por sí o por interpuestas personas, en firmas o sociedades que estén relacionadas con el respectivo órgano o ente cuando estas relaciones estén vinculadas directa o indirectamente con el cargo que se desempeña.

d. *El derecho a que los funcionarios velen por el patrimonio del Estado*

Pero el deber general de los funcionarios de fidelidad y de velar por los intereses de la Administración Pública, trae también como consecuencia el deber de vigilar y velar por el patrimonio del Estado y por su integridad; lo que deriva, también, en un derecho de los administrados a que eso ocurra. Por ejemplo, el artículo 33, 7 de la Ley del Estatuto exige que el funcionario público vigile, conserve y salvaguarde los documentos y bienes de la Administración Pública confiados a su guarda, uso o administración

Se establece, por tanto, la obligación específica de que el funcionario vele por los intereses materiales del Estado, hasta el punto de que la propia Ley del Estatuto prevé para su incumplimiento, sanciones que van desde la amonestación hasta la destitución.

En efecto, se establece como causal de amonestación cuando el funcionario ocasione perjuicio material causado por negligencia manifiesta a los bienes de la República, siempre que la gravedad del perjuicio no amerite su destitución (Art. 83,2).

e. *El derecho a que los funcionarios mejoren los servicios*

Asimismo, como derivación de este principio general de fidelidad al Estado, se establece como deber especial del funcionario el poner en conocimiento de sus superiores las iniciativas que estimen útiles para la conservación del patrimonio nacional, el mejoramiento de los servicios y cualesquiera otras que incidan favorablemente en las actividades a cargo del órgano o ente (art. 33,9).

En particular, ligado al proceso de la reforma administrativa, al funcionario público se le establece la obligación de poner interés en la mejora de los servicios de la Administra-

ción Publica Nacional, hasta el punto de que prevé como su deber, el canalizar y participar a sus superiores todas aquellas sugerencias que puedan significar mejoras. La Ley del Estatuto consolidó el proceso participativo al exigirse expresamente que el funcionario formalice ante sus superiores, las sugerencias que estime convenientes para promover mejoras en los servicios de la Administración Nacional. En este campo, tienen especial importancia los sindicatos de funcionarios públicos como mecanismos a través de los cuales deben dirigirse y consolidarse las sugerencias ante la Administración Pública Nacional, como reflejo del deber y la necesaria colaboración de los funcionarios para con la Administración.

C. *El derecho a que los funcionarios públicos actúen con sujeción a la ley y al derecho*

Como se ha señalado, los funcionarios públicos están obligados a actuar con sujeción a la ley y al derecho, conforme se dispone en el artículo 141 de la Constitución, lo que a la vez constituye un derecho ciudadano a que los funcionarios actúen respetando el principio de la legalidad. Por ello, incluso, la Ley del Estatuto establece como una de las causales de destitución de los funcionarios, la adopción de resoluciones, acuerdos o decisiones declarados manifiestamente ilegales por el órgano competente, o que causen graves daños al interés público, al patrimonio de la Administración Pública o al de los ciudadanos o ciudadanas. Los funcionarios o funcionarias públicos que hayan coadyuvado en alguna forma a la adopción de tales decisiones estarán igualmente incursos en la causal (Art. 86,3).

D. *Los derechos a que los funcionarios cumplan los deberes inherentes al cargo*

Aparte del deber de fidelidad y de actuar conforme a la ley y al derecho con todas las consecuencias señaladas, la Ley del Estatuto de la Función Pública regula una serie de deberes inherentes al cargo que son la médula de los deberes del funcionario público. Estos deberes se derivan de la obligación del funcionario público de ejercer su cargo en forma personal, permanente y continua, con dedicación total, con toda la diligencia debida y con la obligatoriedad de guardar secretos y reservas sobre los asuntos de tal naturaleza de que tenga conocimiento con motivo del ejercicio del cargo.

a. *El derecho a que los funcionarios desempeñen personalmente su cargo*

En primer lugar, se encuentra el deber de prestar sus servicios personalmente con la eficiencia requerida (Art. 33,1), lo que implica que las funciones no pueden transferirse ni delegarse sin autorización legal. En esta forma, para que pueda realizarse la delegación de atribuciones en un funcionario inferior, se debe hacer conforme a las previsiones de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

b. *El derecho a que los funcionarios presten los servicios en forma permanente y continua*

El segundo deber inherente al cargo, el de prestar los servicios de manera permanente y continua, conlleva la necesidad de que el funcionario público cumpla con el trabajo durante los días hábiles y conforme al horario establecido (Art. 33,3 de la Ley del Estatuto). Derivadas de este deber, la Ley prevé una serie de sanciones que van asimismo desde la amonestación a la destitución. Como causal de amonestación se establece la iinasistencia injustificada al trabajo durante 2 días hábiles dentro de un lapso de 30 días continuos (Art. 83,5). Igualmente se prevé como causal de destitución del funcionario el hecho del aabandono injustificado al trabajo durante 3 días hábiles dentro del lapso de 30 días continuos (Art. 86,9).

En caso de huelga en la función pública, conforme al artículo 86, 5 de la Ley, es causal de destitución el incumplimiento de la obligación de atender los servicios mínimos acordados que hayan sido establecidos en tal caso de huelga.

c. *El derecho a que los funcionarios presten los servicios con dedicación total*

Además del requisito de que los servicios se presten por el funcionario público de modo personal, y en forma permanente y continua, la ley determina que se realicen con dedicación completa a la Administración Nacional. Por este medio se instituye el deber de dedicación total y exclusiva en el cumplimiento de las funciones inherentes al cargo, lo que lleva a consagrar una serie de incompatibilidades en el ejercicio de funciones públicas, a fin de que se evite el lesionar la prestación totalmente dedicada a los servicios. Así, la tradicional incompatibilidad establecida en el Artículo 148 de la Constitución, por la que se impide ejercer a la vez más de un destino público remunerado, es consecuencia del deber de que los servicios se prestan con dedicación absoluta.

Sin embargo, la Constitución precisa algunas excepciones, recogidas por la ley, sobre cargos académicos, accidentales, asistenciales, docentes o docentes que determine la ley, es decir, declarados por la ley como compatibles con el ejercicio de un destino público remunerado, sin menoscabo, en todo caso, del cumplimiento de los deberes inherentes a éste (Artículo 36 Ley del Estatuto).

d. *El derecho a que los funcionarios presten los servicios con la diligencia debida y de adiestrarse adecuadamente*

La ley también exige que en el ejercicio del cargo exista la diligencia debida en la prestación de los servicios, es decir, que el funcionario público preste los servicios con la eficacia requerida para el cumplimiento de las tareas que tenga encomendadas. En virtud de ello, es causal de amonestación la negligencia en el cumplimiento de los deberes inherentes al cargo (Artículo 83,1 Ley del Estatuto).

Este deber implica, asimismo, otros de él derivados, tendientes a mejorar la eficiencia en el servicio. En este sentido la ley determina expresamente que el funcionario público se capacite, atendiendo regularmente las actividades de adiestramiento y perfeccionamiento destinadas a mejorarlo (Artículo 33,8).

e. *El derecho a que los funcionarios guarden reserva y discreción*

El último de los deberes inherentes al cargo es el deber de gguardar la reserva, discreción y secreto que requieran los asuntos relacionados con las funciones que tengan atribuidas (Artículo 33,8). Se prohíbe, en este sentido, tanto la divulgación a un número indeterminado de personas, como la revelación a personas determinadas, de asuntos secretos o confidenciales de los cuales se tenga conocimiento en el desempeño público. Esta prohibición llega a tal punto que la ley sanciona con la destitución la revelación de asuntos reservados, confidenciales o secretos de los cuales el funcionario público tenga conocimiento por su condición de tal (Art. 86,12). En todo caso, es necesario advertir sobre todo en el aspecto de la divulgación, que surgen inconvenientes respecto a la aplicación de estas sanciones y su compatibilidad con la libertad constitucional de expresión del pensamiento. Esta podría, en algún caso, implicar que sea lícita la divulgación, y se haga del conocimiento de un número indeterminado de personas ciertos asuntos que si bien no son directamente confidenciales y reservados, de ellos se ha tenido conocimiento con motivo del ejercicio del cargo público. Se exige, por tanto, una delimitación entre la libertad de expresión del pensamiento y la confidencialidad o reserva de los asuntos conocidos en función del cargo, y por ello, los funcionarios deberán tener mayor diligencia y cuidado acerca de lo que pue-

dan decir y hablar en público y en privado sobre los diversos aspectos de sus cargos. Se exige, en consecuencia, un esmero especial para que se salvaguarde este deber de no revelar asuntos confidenciales, sin menoscabo de la libertad de expresión del pensamiento. La Constitución establece, por lo demás, que no se permite censura alguna a los funcionarios públicos que informen sobre los asuntos bajo su responsabilidad (Art. 143).

E. *Los derechos en relación con la conducta de los funcionarios derivados de la organización jerárquica*

El tercer grupo de deberes, además del deber de fidelidad y de los inherentes al cargo público que establece la Ley del Estatuto de la Función Pública, son los ligados a la organización jerárquica de la Administración Pública Nacional; de modo fundamental la constituyen el deber de obediencia y el deber de respeto a la jerarquía.

a. *El derecho a que los funcionarios guarden la obediencia debida*

En efecto, la organización de la Administración Pública Nacional se conforma por una estructura esencialmente jerarquizada, basada en relaciones entre subordinados y superiores, que impone para los primeros el deber de cumplir con las órdenes e instrucciones impartidas por los segundos. Expresamente está previsto en la Ley del Estatuto, como un deber del funcionario público, el acatar las órdenes e instrucciones emanadas de los superiores jerárquicos (art. 33,2).

Este deber de obediencia conforma uno de los más importantes y a la vez más delicados de la función pública, sobre todo en cuanto a los límites del mismo, pues no podría admitirse el deber de obediencia frente a órdenes o instrucciones que impliquen delito o la comisión de un delito por parte de un funcionario o la violación de derechos o garantías constitucionales (Artículo 25 de la Constitución). Pero frente a esto, desde luego inadmisible, el cumplimiento de este deber plantea, por otra parte, la necesidad de que el mismo disponga de la necesaria coherencia a fin de permitir la disciplina jerárquica en la Administración Pública. Los límites al deber plantean, así, aspectos de incertidumbre, de obligado análisis.

En términos generales, puede aceptarse que, frente a una orden determinada, para que exista el deber de obediencia se exige siempre, en primer lugar, que ella emane del superior jerárquico del funcionario, y no de otro funcionario que aún cuando sea de mayor jerarquía, carezca de vinculación directa con el servicio; en este último caso no habría obligación de cumplir con el deber. En segundo lugar, se exige que la orden se refiera a las atribuciones legales del superior y del inferior, es decir, que el deber sea consecuencia del ejercicio de competencias expresas del superior, por la materia y por el orden jerárquico mismo de la estructura de la Administración. Si no hay competencia, o hay incompetencia manifiesta del superior jerárquico para la emisión de una orden determinada, el deber de obediencia no se exige necesariamente. En tercer lugar, es necesario que la orden respectiva esté revestida de todas las formas legales que explícitamente la ley fija; y en cuarto lugar, que la orden no sea manifiestamente ilegal, es decir, que su contenido sea lícito.

Ahora bien, aun cuando estos principios son requeridos para que exista el deber de obediencia, se necesita tomar en cuenta que el funcionario público no tiene un ilimitado derecho de examen en relación con todas las órdenes que emanen del funcionario superior, si estas órdenes revisten formalmente legalidad, se ejercen conforme a la competencia propia del superior, y no comportan manifiestamente una actividad ilegal. En tales circunstancias, el funcionario público se encuentra en la obligación de acatarlas, sin que por ello pierda nunca el derecho de hacer las sugerencias y las observaciones que estime convenientes, en concordancia con el deber ya mencionado de canalizar sugerencias para la mejora de los servicios.

Asimismo, conviene destacar que el deber de obediencia en el campo administrativo está íntimamente vinculado a la figura de la obediencia debida que regula el Código Penal, que envuelve el deber de obediencia frente a una orden emanada de una autoridad pública (superior jerárquico), con competencia para dictarla. Si el cumplimiento del deber origina una actividad delictiva, el Artículo 65, ordinal 2º del Código Penal declara no punible al que cumplió la orden, y dispone que la pena correspondiente se le imponga a quien dio la instrucción ilegal.

En todo caso, la consecuencia del incumplimiento de este deber es la insubordinación, expresamente sancionada en la ley con la destitución en los casos de desobediencia a las órdenes e instrucciones del supervisor o supervisora inmediato, emitidas por éste en el ejercicio de sus competencias, referidas a tareas del funcionario público, salvo que constituyan una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto constitucional o legal (Art. 86,4).

b. *El derecho a que los funcionarios guarden respeto*

Como deber inherente a la organización jerarquizada de la Administración Pública, además del deber de obediencia, figura el deber de respeto, es decir, de trato adecuado entre los funcionarios públicos, sean superiores, inferiores o de la misma categoría. En esta forma, la ley sanciona con amonestación el irrespeto a los superiores, subalternos o compañeros en el trabajo (Artículo 83,4). Asimismo, se exige como parte de la actuación administrativa guardar en todo momento una conducta decorosa y observar en sus relaciones con sus superiores, subordinados y con el público toda la consideración y cortesía debidas (Art. 33, 5), siendo causal de amonestación la falta de atención debida al público (Art. 83,3).

F. *El derecho a que los funcionarios observen buena conducta*

Por último, la Ley del Estatuto de la Función Pública regula un deber general de conducta que no sólo exige del funcionario decoro dentro del servicio respectivo, sino que también abarca y se extiende a las actividades del funcionario fuera del área del servicio. Por ello, la Ley, sanciona con destitución, la falta de probidad, vías de hecho, injuria, insubordinación, conducta inmoral en el trabajo o acto lesivo al buen nombre o a los intereses del órgano o ente de la Administración Pública (Artículo 86,6), así como por la condena penal o auto de responsabilidad administrativa dictado por la Contraloría General de la República (Artículo 86,10).

En este sentido, se ha señalado que el funcionario público está al servicio del Estado y de los ciudadanos, por lo que resulta necesario que sus actividades no incidan nunca en el buen nombre y los intereses del organismo público; de lo contrario, el incumplimiento del deber implica la destitución (Artículo 86,6)).

Estos cuatro grupos de deberes, el deber de fidelidad, los deberes inherentes al cargo, los deberes propios de la jerarquía administrativa y los deberes de conducta integran básicamente el cuerpo de deberes que la Ley del Estatuto de la Función Pública establece para los funcionario públicos, lo que, como se dijo, se reflejan en derechos de los administrados.

2. *Los derechos de los administrados derivados de los deberes de los funcionarios en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*

En la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, complementando los deberes de la Ley del Estatuto de la Función Pública, también se regulan diversos deberes particulares de los funcionarios en el procedimiento y entre ellos, en especial, los deberes de actuar formalmente, de informar, de tramitar, de decidir en lapsos determinados, de motivar, de ejecución formal y de imparcialidad. Estos deberes también se traducen en derechos de los administrados, ya que la Administración Pública está a su servicio.

Así, la Ley Orgánica, al regular las situaciones jurídicas de la Administración, no sólo norma las prerrogativas y potestades de la misma, sino también regula las obligaciones de la Administración y de los funcionarios.

A. *El derecho a que los funcionarios actúen respetando las formas*

El primer deber general de los funcionarios públicos establecido en la Ley, sin duda, es el deber de actuar conforme a las formalidades procedimentales; es decir, la Administración y los funcionarios tienen como primer deber el ajustarse al procedimiento; y a ello tienen derecho los administrados. Esto se regula en varias normas de la Ley. Por ejemplo al establecer en el Artículo 12 los límites al poder discrecional, se exige que los actos discrecionales, en todo caso, deben cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para la validez y eficacia de los actos. Por otra parte, el Artículo 19, ordinal 4º sanciona con nulidad absoluta a los actos dictados con prescindencia absoluta y total del procedimiento establecido. El Artículo 100, por su parte, sanciona cualquier desviación, distorsión, omisión, retardo o incumplimiento del procedimiento y el Artículo 30 impone como obligación, a las autoridades superiores de cada organismo, el velar por el cumplimiento de los principios que deben regir la actividad administrativa; es decir, los principios de economía, eficacia, celeridad e imparcialidad.

Por otra parte, hemos visto, además, que en el Artículo 32 se imponen obligaciones de racionalización administrativa, reflejo del formalismo general, lo cual confirma esta primera obligación de la Administración y los funcionarios, de actuar formalmente; de ajustarse a las formas, a los requisitos, a los trámites y a los lapsos que la Ley establece.

B. *El derecho a que los funcionarios los mantengan informados*

Un segundo deber de la Administración y los funcionarios frente a los administrados, es el deber de informar al particular lo cual se manifiesta en las diversas etapas del procedimiento. Ello, por tanto, a la vez, se configura como un derecho de los administrados a que los funcionarios los mantengan informados.

a. *Derecho a la información general*

En primer lugar, los administrados tienen un derecho general a estar informados sobre la organización y funcionamiento de la Administración Pública. Por ello se prescribe como un deber general de los funcionarios de informar, al disponer el Artículo 33, la obligación de preparar y publicar en la Gaceta Oficial, reglamentos e instrucciones sobre estructuras, funciones, competencias y jerarquías de los diversos órganos públicos.

b. *Derecho a la información particular*

Pero, además, en el curso del procedimiento el administrado tiene un derecho específico a que se le mantenga informado, y correlativamente la Administración y sus funcionarios tienen el deber de informar.

Este deber de informar existe, ante todo, en el momento mismo en el cual se entrega una solicitud o petición a la Administración. En efecto, conforme se establece en el Artículo 45 de la Ley, los funcionarios del registro de documentos, que reciban la solicitud deben advertir a los interesados sobre las omisiones e irregularidades que observen y estos tienen derecho a que se les advierta de tales circunstancias. Para hacer efectivo este derecho, se requiere de los funcionarios de registro, un nivel adecuado a los efectos de que puedan conocer con detalle las exigencias de cada solicitud para poder advertir al particular, con propiedad, qué es lo que debe traer adicionalmente o qué es lo que falta. Este deber, además, debe facilitarse con las normas comentadas en materia de racionalidad, en el sentido de que la Administración debe publicar e informar a los interesados sobre los métodos, procedi-

mientos, requisitos y formularios, de manera que el particular sepa, de antemano, qué es lo que debe cumplir como obligación frente a la Administración en materia de presentación de documentos.

Pero el deber de informar que tienen los funcionarios en el procedimiento, respecto de los particulares, a lo que éstos tienen derecho para ser advertidos de las faltas y omisiones que pudieran haber tenido, no se agota en la recepción de documentos, sino que también se impone posteriormente, al iniciarse el procedimiento.

En efecto, el Artículo 5 de la Ley, al regular los procedimientos respecto de peticiones que no requieren sustanciación, en cuyo caso se establece un lapso de 20 días hábiles para la toma de la decisión respectiva una vez que se presente la petición ante la Administración, se le impone a ésta la obligación de informar al interesado por escrito y dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de la solicitud, sobre la omisión o incumplimiento, por éste, de algún requisito. Se busca con esto proteger la situación jurídica de los administrados de manera que no se vean sometidos a requerimientos sucesivos, que puedan hacer el procedimiento interminable. Conforme a esta norma, al contrario, presentada la solicitud, la Administración está obligada y el administrado tiene derecho a ser informado sobre qué es lo que le falta, de una sola vez y en forma completa, y el funcionario no puede irlo haciendo a medida que se vayan cumpliendo sucesivamente otros requisitos.

La obligación de informar, en concreto, a los interesados también se prevé en los procedimientos que sí requieren sustanciación, regulada en el Artículo 50 de la Ley. Esta norma está ubicada dentro de la sección relativa a la iniciación del procedimiento, y se establece que cuando el procedimiento se inicie a instancia de parte, la solicitud debe estar revestida del formalismo cuyo detalle enumera en el Artículo 49, al indicar los datos que debe contener. El Artículo 50 señala que cuando en ese escrito faltare cualquiera de los requisitos que enumera el Artículo 49, la autoridad que hubiere de iniciar las actuaciones, debe notificarlo al presentante, y este tiene derecho a recibir la comunicación sobre cuáles son esas omisiones y faltas, a fin de que en un plazo de 15 días hábiles, proceda a subsanarlas, con lo cual, además de la obligación del funcionario receptor de la solicitud de advertir fallas de la misma, está la del funcionario que va a conocer del asunto de volver a analizar la solicitud y si encuentra alguna falta u omisión, debe de nuevo volverle a notificar al particular, para que subsane las omisiones o faltas que se observen. Inclusive, en estos casos, se prevé que, si el interesado presenta oportunamente el escrito o la solicitud con las correcciones que se exigen, y fuera de nuevo objetada por la Administración, puede aquél ejercer un recurso jerárquico contra la nueva decisión o bien corregir nuevamente sus documentos conforme lo indicado. Es decir, es una potestad del particular, si se lo devuelven en una segunda oportunidad, volverlo a corregir o ejercer un recurso jerárquico.

Como puede observarse, la Ley ha sido orientada a proteger al particular, y por ello, en cada una de estas normas que consagran deberes de la Administración, hay un derecho del particular. Por tanto, estos deberes de información de la Administración y sus funcionarios implican un derecho del particular a ser informado, para poder actuar hasta cierto punto conforme a normas de seguridad jurídica, frente a la Administración. Así, si en la solicitud de un particular hay omisiones, la Administración no puede simplemente no advertirlo y, al final no decidir el fondo, argumentando que no se cumplió con determinados requisitos, sino que la Administración está obligada a informar y a advertir los errores, de manera que no se sorprenda al particular en la decisión final.

También podríamos englobar dentro de estas obligaciones de información, las previsiones relativas a la notificación. La Ley Orgánica, por primera vez con carácter general, regula la notificación de los actos administrativos y, en una forma clara, establece cuál debe ser el contenido de las notificaciones de los actos. Así, el Artículo 73 expresamente señala que las notificaciones de los actos administrativos que afecten derechos e intereses de

los particulares deben contener el texto íntegro del acto e indicar, inclusive, los recursos que proceden, con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deben interponerse. Es decir, la Administración no sólo debe notificar el acto que dicta, sino que está obligada a informar al particular qué recursos proceden contra ese acto, ante quién debe interponerse y cuál es el lapso para ello, sea que se trate de un recurso administrativo o contencioso-administrativo. Por tanto, de nuevo se regula aquí, el derecho de l administrado a que la Administración le informe sobre las vías de protección jurídica de las cuales dispone, contra una decisión que se le notifica, en concreto.

C. *El derecho a que los funcionarios tramiten el procedimiento*

Además de estos deberes de actuar conforme al procedimiento formalmente establecido y de informar, la Administración y los funcionarios tienen, dentro del procediendo administrativo, una serie de deberes de tramitación del mismo, que también se traducen en derechos de los administrados. Hemos señalado que una de las potestades de la Administración, es el poder actuar de oficio, pero que también, dicha actuación está regulada como una obligación, pues hay deberes en la tramitación que impone la Ley.

a. *El deber general de tramitación*

Ante todo, debe señalarse que la Ley consagra un deber general de tramitar para los funcionarios. Por ejemplo, en el Artículo 3, hay un deber general de tramitar los procedimientos que corresponde a los funcionarios y demás personas que presten servicios en la Administración. Por tanto, legalmente no es potestativo de la Administración al recibir una solicitud o un requerimiento, desarrollar el procedimiento, sino que tiene la obligación de tramitar los asuntos cuyo conocimiento le corresponda, siendo el funcionario o los funcionarios, responsables por las faltas en las cuales incurran. Frente a este deber general de tramitar del Artículo 3, se establece, por una parte, el derecho del particular a reclamar contra el retardo, la omisión o el incumplimiento de cualquier procedimiento o distorsión; y se establece el denominado "recurso de queja" o de "reclamo". Si el funcionario no cumple con su deber de tramitar, el particular puede ejercer una reclamación ante el superior jerárquico, denunciando, advirtiendo o quejándose de que el funcionario inferior no realiza los actos de trámite necesarios en el procedimiento.

b. *Los derechos en relación con la recepción de documentos*

Por otra parte, podrían englobarse dentro del deber de tramitación que tienen los funcionarios, todas las normas relativas a la recepción de documentos, a las cuales nos hemos referido anteriormente. Es decir, la Administración, en los procedimientos que se inicien a instancia de parte y en general, cuando tenga que recibir documentos, está obligada, en primer lugar, a dar recibo del documento o conforme a la práctica administrativa, dejar constancia de la recepción del documento, mediante el sello de la copia de la solicitud o con un talonario especial, dependiendo de cada organismo. En esta forma, el Artículo 46 de la Ley exige que se de constancia escrita como recibo de todo documento presentado y sus anexos, con indicación del número de registro, que es lo que va a permitirle al particular reclamar en relación al orden de las decisiones; y del lugar, fecha y hora de presentación del documento. Además, agrega la Ley, puede servir de recibo, la copia mecanografiada o fotostática del documento que se presente, una vez diligenciada y numerada por el funcionario de registro, con lo cual se le da consagración positiva a la práctica administrativa de que el recibo sea la copia de la solicitud debidamente sellada y numerada por los funcionarios del Registro.

c. *El derecho al impulso oficial del procedimiento*

Pero dentro de los deberes de tramitar el procedimiento a cargo de los funcionarios públicos, debe destacarse el deber de impulsarlo, que establece el Artículo 53 de la Ley Orgánica. Esta norma señala en efecto, que la Administración está obligada a cumplir todas las actuaciones necesarias para el mejor conocimiento del asunto que deba decidir, siendo responsabilidad de los funcionarios respectivos, impulsar el procedimiento en absolutamente todos los trámites. Por lo tanto, en el procedimiento, la Administración no está sólo sujeta al impulso de los interesados, sino que está obligada aún sea de oficio, a realizar todas las actuaciones procesales necesarias; y a ello tienen derecho los administrados.

d. *El derecho a la evacuación de informes*

Por otra parte, el deber de tramitar previsto en el Artículo 3, podría complementarse con el artículo 54 según el cual, la autoridad administrativa a quien corresponda debe solicitar de todos los organismos o autoridades los documentos, informes o antecedentes que estime convenientes para la resolución del asunto. Es decir, la Administración debe obtener la documentación, y por tanto, actuar de oficio en la consecución de informes y documentos necesarios para decidir, y no sólo atenerse a lo que solicite el interesado en concreto. Este deber también es una consecuencia del deber general que tiene la Administración de impulsar el procedimiento, lo que le exige cumplir todas las actuaciones necesarias para el mejor conocimiento del asunto como lo prescribe el Artículo 53.

e. *El derecho a la promoción oficial de pruebas*

Por otra parte, los funcionarios encargados de impulsar el procedimiento tienen también el deber de promover las pruebas necesarias para el mejor conocimiento de los hechos. No sólo es una potestad de actuación de oficio, la evacuación de pruebas, sino que es una carga y una obligación para el establecimiento claro de la verdad de los hechos. En esta forma, la Administración tiene, de nuevo, obligaciones concretas en materia probatoria derivadas de su obligación genérica de tramitar, como lo precisa, por ejemplo, el Artículo 69.

f. *El derecho a la continuidad del procedimiento*

Esta obligación de tramitar tiene importancia, en cuanto a los efectos que pueda tener su cumplimiento hacia el particular. Si la Administración está obligada, como hemos visto, a tramitar, a buscar los documentos necesarios, a promover y evacuar pruebas, y en fin, a impulsar el procedimiento, ¿qué sucede si el procedimiento se paraliza porque la Administración no hace nada de lo que está obligada a hacer?, ¿podría haber perención, aunque cuando no sea imputable el particular? Por supuesto que no. La Ley, expresamente, en el Artículo 64, sólo establece la perención cuando el procedimiento que se ha iniciado a *instancia de particular* se paraliza durante dos meses por causa imputable al interesado. Por tanto, sólo en procedimientos iniciados a instancia del particular y cuando se paraliza por causas que le son imputables, es que puede haber perención, por lo que, en aquellos procedimientos iniciados de oficio por la Administración, jamás puede producirse la perención. Además, en aquellos procedimientos iniciados a instancia del particular, si la paralización es por causa imputable a la Administración porque, por ejemplo, no ha recibido el organismo el informe, dictamen, u oficio de otro organismo, no habría perención. Por tanto, puede decirse que existe siempre la obligación de tramitar por parte de la Administración, sin que el incumplimiento de esa obligación de tramitar pueda afectar los derechos del particular y pueda dar origen a perención que sólo se prevé en los casos de paralización por causas imputables a los propios particulares.

D. *El derecho a que los funcionarios decidan en los lapsos determinados y a que la decisión sea oportuna*

Un cuarto deber de la Administración y sus funcionarios, es el deber de decidir los asuntos en los lapsos establecidos expresamente en la Ley; lo que conlleva el derecho del administrado a obtener decisión de los procedimientos y a que la respuesta sea oportuna.

En realidad, este deber de los funcionarios tiene dos aspectos. Ante todo, el deber de decidir, porque la obligación de tramitar es a los efectos de tomar una decisión, a lo cual tiene derecho el administrado. Por tanto, la Ley expresamente establece la obligación de la Administración de decidir, de tomar decisiones. Esto deriva, además, de la garantía constitucional del derecho de petición: todos tienen derecho de dirigir peticiones a las autoridades en las materias de su competencia y a *obtener oportuna respuesta* (Art. 51), con lo cual se impone la obligación a la Administración de dar respuesta, de decidir, de tomar las decisiones correspondientes. Esta obligación de decidir con la Ley tiene, además, consagración positiva expresa, la cual no sólo establece la obligación de decidir, sino que prescribe cuál es la oportunidad de adoptar esa decisión; es decir, cuándo es que la decisión es oportuna, de acuerdo al principio constitucional. Por tanto, la Administración tiene la obligación de decidir en lapsos prescritos expresamente en la Ley.

Esta obligación de decidir, y el consecuente derecho del administrado a que se decidan las peticiones, se encuentran formulados en muchos artículos de la Ley. En primer lugar, cuando se consagra el derecho de petición que tiene formulación expresa en el Artículo 2, en el sentido de que toda persona puede dirigir instancias y peticiones a cualquier organismo en materias de su competencia, se establece que estos organismos deberán resolver las instancias o peticiones que se les dirigen, o bien declarar en sus casos, los motivos para no hacerlo, pero en todo caso tiene que haber decisión. Con esta norma del Artículo 2, la cual materialmente es la primera regla de la Ley Orgánica, luego de definido el ámbito de aplicación en el Artículo primero, se regula expresamente esta obligación de decidir por la Administración, que implica o que la Administración tiene que resolver el asunto o, si no lo resuelve, decir por qué no toma decisión definitiva, mediante un acto que debe ser motivado. Esto buscó poner término a la actitud tradicional de la Administración de adoptar en muchos casos, una posición de pasividad en perjuicio del particular, guardando silencio.

Ahora bien, esta obligación de decidir o resolver que precisa el Artículo 2 de la Ley se complementa con la obligación de resolver en lapsos precisos, lo cual se regula en varias partes de la Ley Orgánica. Primero, en el Artículo 5 relativo a los procedimientos que no requieren sustanciación procedimental y que por tanto, pueden decidirse con la sola presentación de la solicitud, donde se exige que deben ser resueltos en un lapso de 20 días hábiles siguientes a la presentación de la petición.

Cuando se trata de procedimientos que sí requieren sustanciación, el Artículo 60 establece el lapso de decisión luego de la tramitación, que no debe exceder de 4 meses; es decir, la decisión de la autoridad administrativa debe adoptarse en un lapso de 4 meses, salvo que medien causas excepcionales, en cuyo caso, mediante indicación expresa en el expediente, se otorgará una prórroga que no puede exceder, en su conjunto, de 2 meses, con lo cual se establece un plazo máximo global de decisión en los casos en los cuales sí hay sustanciación, de 6 meses.

La Ley distingue, además, un tercer tipo de procedimiento y establece un lapso de decisión especial para los procedimientos sumarios. Cuando la Administración lo estime conveniente, dice el artículo 67, puede seguir procedimientos sumarios para dictar sus decisiones. Este procedimiento se inicia de oficio, en casos concretos, y debe concluir en el término de 30 días hábiles, con lo cual en ese lapso debe haber una decisión de la Administración.

Debe además recordarse que estos lapsos de decisión expresamente establecidos en la Ley, de acuerdo al Artículo 41, obligan por igual, sin necesidad de apremio, tanto a autoridades y funcionarios como a particulares interesados, con lo cual la obligación de decidir y la indicación de los lapsos para ello se complementa con esta obligación que expresamente establece el Artículo 41, de someterse a esos lapsos, cuya violación acarrea sanciones de acuerdo a los artículos 3 y 100.

Ahora bien, hemos visto que legalmente, el administrado tiene derecho a que la Administración decida. Sin embargo, ¿qué debe contener la decisión? De acuerdo a los artículos 62 y 89, el acto decisor debe resolver todas las cuestiones que hubiesen sido planteadas, tanto inicialmente, como durante la tramitación, si se trata de procedimiento constitutivo. El Artículo 62, en efecto, expresamente establece que el acto administrativo que decida un asunto, es decir, el acto definitivo, debe resolver todas las cuestiones que hubieren sido planteadas, tanto en el inicio del procedimiento como en la tramitación; lo que constituye un derecho del administrado. Si se trata de un procedimiento de impugnación, es decir, de la decisión de un recurso administrativo, expresamente, el Artículo 89 regula la obligación del órgano administrativo de resolver todos los asuntos que se le sometan a su consideración dentro del ámbito de su competencia, o que surjan con motivo del recurso, aun cuando no hayan sido alegados por los interesados. Esto debe retenerse pues implica la posibilidad de la Administración, en los recursos administrativos, de resolver cuestiones distintas a las planteadas por el interesado en su recurso, con las limitaciones de la *reformatio in pejus* en materia de recursos administrativos, es decir, que la Administración pueda decidir el recurso en perjuicio del recurrente, y por supuesto, saliéndose de los términos del recurso. El Artículo 89 expresamente autoriza a decidir asuntos que surjan con motivo del recurso, aun cuando no hayan sido alegados por los interesados, con lo cual en los recursos administrativos, a diferencia de los procedimientos judiciales, la Administración no está sujeta a los términos del recurso y a lo alegado por el interesado, sino que tiene potestad inquisitoria, porque es la responsable del procedimiento, y si con motivo de su actuación, surgen otros asuntos, pueden y deben ser resueltos por la Administración.

Pero la obligación de decidir que impone la Ley a la Administración tiene consecuencias fundamentales para los particulares, en cuanto a la garantía de sus derechos. Estas consecuencias son dos: en primer lugar, la consagración, en el artículo 4º de la ley, del efecto negativo del silencio administrativo, lo cual implica que por el transcurso del lapso de decisión, sin que ésta haya tomado, se presume que hay un acto administrativo tácito denegatorio de lo solicitado o del recurso, en su caso. Esta presunción legal de acto derogatorio derivado del silencio administrativo le permite a los particulares el beneficio de poder ejercer los recursos administrativos o contencioso-administrativos que correspondan, de ser posible ejercerlos, conforme a los Artículos 4 y 93 de la Ley Orgánica.

Pero, en segundo lugar, la obligación de decidir impuesta positivamente a la Administración comporta otra consecuencia en cuanto a los derechos de los administrados, y es la el derecho que éstos tienen conforme a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, no de recurrir contra un acto tácito, sino de recurrir contra la omisión o abstención para obligar judicialmente a que la Administración tome la decisión que está obligada a adoptar (Artículo 5, párrafo 1º, ordinal 26).

E. *El derecho recurrir contra los efectos del silencio administrativo*

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, como se ha dicho, entre las instituciones novedosas que estableció, fue la del denominado silencio administrativo negativo, o en otras palabras, el establecimiento de una presunción de denegación de la solicitud o recurso, cuando la Administración no resuelve expresamente en un lapso de tiempo determinado (Art. 4); estableciendo en consecuencia un derecho del administrado para intentar

el recurso inmediato siguiente; derecho cuyo ejercicio, por supuesto,no releva a los órganos administrativos, ni a sus personeros, de las responsabilidades que le sean imputables por la omisión o la demora".

Esta norma, en efecto, regula básicamente un conjunto de derechos y garantías de los administrados frente a la Administración, consagrando una garantía más para los particulares, sin relevar a la Administración de su obligación fundamental: la de decidir los asuntos o recursos que cursan ante sus órganos, por lo que el silencio negativo que establece la ley se hace exclusivamente como un beneficio para los administrados.

Ello implica que la apertura del "recurso inmediato siguiente" contra el acto tácito denegatorio, es potestativo para el interesado en cuanto a utilizarlo o no, lo cual sólo puede beneficiarlo y nunca perjudicarlo. Pero la Ley Orgánica, en forma alguna, lo obliga a ello: el interesado tiene, así, un derecho a intentar el recurso inmediato, usando el beneficio del silencio, o simplemente, espera la decisión de la solicitud o recurso para intentar, posteriormente, el recurso que proceda, si la decisión expresa no lo favorece.

F. *El derecho a la motivación de los actos administrativos*

Un quinto deber de la Administración y de los funcionarios, es el deber de motivar los actos administrativos[10], el cual se establece en diversas normas de la Ley Orgánica; configurándose también como un derecho de los administrados.

La consagración general está establecida en el artículo 9 que exige que los actos administrativos de carácter particular, es decir, de efectos particulares, deben ser motivados, excepto los de simple trámite o salvo disposición expresa de la Ley; y en dicha motivación, expresamente debe hacerse referencia a los hechos y a los fundamentos legales del acto. Se trata, por tanto, de una obligación general prevista en la Ley Orgánica, para los actos administrativos definitivos, de efectos particulares, es decir, que resuelvan un asunto, salvo que una norma legal expresa, exima de esta obligación a la Administración.

La motivación de los actos administrativos fue una exigencia establecida desde hace muchos años por una jurisprudencia, a veces cambiante, pero constante en cuanto a exigirla siempre respecto a los actos administrativos que lesionaran en alguna forma la esfera jurídica de los particulares, por ejemplo, actos sancionatorios o actos restrictivos de la esfera jurídica de los particulares; es decir, la Administración debía motivar el acto cuando lesionara a un particular en sus derechos o intereses. La Ley Orgánica, en este campo, fue mucho más allá de la tradición jurisprudencial, y prescribió una obligación general de motivar todo acto administrativo definitivo de efectos particulares. Esta exigencia absoluta.

La motivación, como requisito de forma de los actos administrativos, por otra parte, conforme al Artículo 18, Ordinal 5º, debe consistir en una expresión sucinta de los hechos, de las razones que hubieren sido alegadas y de los fundamentos legales del acto.

Tratándose además de un derecho de los administrados, la Ley Orgánica dejó abierta la posibilidad de que mediante ley expresa se pueda eximir a la Administración de su obligación.

---

10 Sobre la motivación de los actos administrativos véase Allan R. Brewer-Carías, "Consideraciones sobre la distinción entre la causa de los actos administrativos y la motivación como requisito de forma de los mismos" en *Revista de la Facultad de Derecho,* Nº 49, Caracas 1971, p. 233 y ss.; Hildegard Rondón de Santo, "La motivación de los actos administrativos" en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración,* Instituto de Derecho Público, UCV, Vol. II, Caracas 1970-71, pp. 199-238.

Se trata de situaciones excepcionales, siendo muy raros los ejemplos en las leyes especiales que establezcan expresamente casos en los cuales la Administración no deba motivar el acto[11].

Además de esta consagración general de la motivación en el Artículo 9 de la Ley, la misma está prevista en otras normas. Por ejemplo, el Artículo 2 de la Ley impone la obligación a los funcionarios de resolver las instancias y peticiones, o bien, declarar en su caso, *los motivos* que tuvieren para no hacerlo. Es decir, si ante una petición, la Administración estima que no debe resolverla, debe indicarlo en una resolución motivada, indicando por qué no lo resuelve.

Por otra parte, hemos visto la obligación de la Administración de resolver los asuntos en el orden en que hubieren sido recibidos. Sin embargo, la Administración puede, por razones de interés público, cambiar o modificar el orden de decisión, pero debe hacerlo mediante un acto *motivado* conforme a la exigencia expresa del Artículo 34. Asimismo, el Artículo 59 de la Ley Orgánica exige un acto motivado para calificar de confidencial un documento y separarlo del expediente respectivo.

Por último, también en relación a la motivación, deben mencionarse las normas relativas a la imposición de sanciones, lo cual requiere resolución motivada. (Art. 104).

G. *El derecho a la ejecución formal de los actos administrativos*

Además de los derechos antes mencionados, debe hacerse referencia al derecho de los administrados a la ejecución formal de los actos administrativos, derivado de la obligación que tiene la administración, conforme a lo previsto en el Artículo 78 de la Ley Orgánica de no poder ejecutar arbitrariamente sus actos administrativos. Al contrario, está obligada a realizar una ejecución formal, que se manifiesta, primero, en que deben ejecutarse en el término establecido, conforme al Artículo 8, y segundo, en que pueden ejecutarse a través de actos materiales, pero siempre que previamente haya un acto formal administrativo, que ordene esa ejecución, tal como lo exige el artículo 78.

H. *El derecho a la imparcialidad administrativa*

Otro deber de la Administración y sus funcionarios establecido como principio fundamental del procedimiento administrativo, es el deber de actuar con imparcialidad, a lo cual tienen derecho los administrados, que se menciona indirectamente el artículo 30 de la Ley Orgánica y que, a la vez, es manifestación del derecho a la igualdad y no discriminación consagrado en la Constitución. El derecho a la imparcialidad administrativa que tienen los administrados se manifiesta, conforme a los Artículos 36 y siguientes de la Ley, en la obligación de los funcionarios de inhibirse del conocimiento de asuntos en los cuales puedan tener interés personal, pueda haber relaciones de amistad o enemistad con el interesado o pueda haber habido relaciones de servicio, previas a la decisión, entre el funcionario y el interesado.

III. LOS DEBERES DE LOS INTERESADOS

Los interesados, además del conjunto de derechos que tienen ante la Administración y losa funcionarios, también se encuentran en situaciones jurídicas que establecen deberes y obligaciones frente a la Administración. Entre ellos, conforme a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, están los siguientes.

---

11 Recuérdese, por ejemplo, que, en materia de bancos, la clásica regulación de la Ley General de Bancos y otros institutos de crédito, que establece que los actos administrativos por medio de los cuales se niegue la solicitud de funcionamiento de un Banco, no requieren de motivación. Al decidirlo, dice dicha ley, la Administración puede hacerlo "sin que tenga que dar razón alguna a los interesados" (Artículo 10).

1. *El deber de informar*

En primer lugar, la Ley regula un deber de los particulares de informar a la Administración. Este es un deber general de todos los administrados, y no sólo de los interesados. En efecto, el Artículo 28 establece que "los administrados" están obligados a facilitar a la Administración Pública, la información de que dispongan sobre el asunto concreto de que se trate, cuando ello sea necesario para tomar la decisión correspondiente y le sea solicitada por escrito. Se trata, por tanto, de una obligación de todo particular de suministrar información a la Administración, si ésta se la solicita por escrito, por lo que está revestida de cierto formalismo. Sin embargo, esta norma puede decirse que es incompleta, pues no se prevé sanción alguna para el incumplimiento de este deber. Sin embargo, podrían aplicarse las sanciones prevista en el ordenamiento penal para la desobediencia a la autoridad.

2. *El deber de comparecer*

Otra obligación prevista en la Ley a los particulares es la obligación de comparecer ante la Administración. El Artículo 29 también lo regula expresamente: los particulares o administrados, dice, están obligados a comparecer a las oficinas públicas cuando sean requeridos, para la tramitación de los asuntos en los cuales aquéllos tengan interés, previa notificación hecha por los funcionarios que sean competentes para tramitar los asuntos en los cuales aquellos interesados o aquellos administrados, puedan tener interés.

En este caso, se exige la formalidad de una notificación regulada en los Artículos 73 y siguientes, para que pueda exigirse esta obligación de comparecer. La Ley tampoco trae, en este caso, sanciones para el incumplimiento de esta obligación. Sin embargo, tanto la violación del deber de informar como del deber de comparecer, podrían configurar la falta prevista en el ordenamiento penal para los que hubieren desconocido una orden legalmente expedida por la autoridad competente o no haya observado alguna medida legalmente dictada por dicha autoridad en interés de la justicia o de la seguridad o salubridad públicas.

3. *El deber de observar los lapsos*

Otro deber en este caso de los interesados, es el deber de cumplir los lapsos establecidos en la Ley. Hemos visto que el Artículo 41 prevé que los términos o plazos que establece la Ley o cualquier Ley en materia de procedimiento obligan por igual y sin necesidad de apremio, tanto a las autoridades y funcionarios como a los particulares interesados, por lo que éstos también están obligados por los lapsos.

4. *El deber de instar el procedimiento*

Otra obligación prevista en la Ley en materia de procedimiento, respecto de los interesados, es la obligación de impulsar el procedimiento. Ya hemos señalado que la Administración tiene, como obligación el impulsar el procedimiento, expresamente prevista en el Artículo 53 al cual nos hemos referido, atribuyéndole la responsabilidad de ello.

Pero esta obligación administrativa no elimina la obligación, también del interesado, sobre todo en los procedimientos en los cuales se ha iniciado a instancia de parte, de impulsar el procedimiento. Debe señalarse que si bien no se establece expresamente, en la Ley, que el particular está obligado a impulsar el procedimiento que se ha iniciado a instancia de parte, si se prevé en forma indirecta al establecerse la perención del procedimiento administrativo. En efecto en el Artículo 64, se indica que cuando el procedimiento se inicie a instancia de un particular, y éste se paraliza por dos meses por causa imputable al interesado, se opera la perención del procedimiento, con lo cual se señala, indirectamente, que el particular está obligado a impulsarlo, y si no lo hace y se paraliza el procedimiento por dos meses por causa imputable a él mismo, se opera la perención.

Se trata, en todo caso, como lo dice el Artículo 65, de una perención del procedimiento, no del derecho que el interesado pueda tener ni de las acciones que pueda intentar. Además, la declaratoria de perención no interrumpe el término de prescripción de dichos derechos y acciones.

Por otra parte, conforme a lo previsto en el Artículo 66, no obstante, la perención, la Administración puede continuar la tramitación del procedimiento, si razones de interés público lo justifican. Por tanto, por ejemplo, si se inicia un procedimiento y existe un interés general en que ese procedimiento continúe por el problema planteado, el hecho de que el particular no vuelva a aparecer en el expediente no debe necesariamente conducir a que se extinga el procedimiento. Puede la Administración, en este caso, juzgar que aun cuando el particular no comparezca, debe seguirse ese procedimiento y tomarse una resolución.

5. *El deber de ejecutar los actos*

Otra obligación de los interesados, regulada en la Ley, es la obligación de ejecutar los actos administrativos. En efecto, cuando la Administración dicta un acto, éste tiene carácter ejecutivo, por lo que deben ser ejecutados de inmediato conforme se establece en el Artículo 8 de la Ley.

Ahora bien, en principio, el acto administrativo debe ejecutarse por su destinatario, por lo que si la Administración, por ejemplo, dicta un acto de liquidación de un impuesto, el particular debe ejecutarlo, pagando el impuesto; si la Administración dicta un auto autorizando la construcción de un inmueble, el particular lo ejecuta construyendo; si la Administración dicta un auto ordenando la vacunación masiva en caso de una enfermedad, los particulares están obligados a soportar la ejecución del acto y dejarse vacunar; o si la Administración ordena la demolición de un inmueble, el particular debe demolerlo. Por tanto, en principio, la ejecución del acto administrativo normalmente debe ser hecha por el particular interesado. Por ello, la Ley expresamente establece que cuando se trate de actos que deben ser ejecutados personalmente por el obligado, éste debe ejecutarlos personalmente, y la Administración tiene medios, en el Artículo 80, ordinal 2°, para obligar a que el obligado ejecute el acto. En esta forma, cuando se trate de actos de ejecución personal y el obligado se resiste a cumplirlos, la Administración le puede imponer multas sucesivas mientras permanezca en rebeldía, por lo que a fuerza de multas se obliga al particular a ejecutarlo. Además, después de multas sucesivas, en caso de que persista el incumplimiento, la Ley prescribe que será sancionado con nuevas multas iguales o mayores a las que ya se hubieran aplicado, concediéndosele un plazo razonable, a juicio de la Administración, para que cumpla lo ordenado, siendo en todo caso, cada multa, de un monto de hasta 10.000 bolívares, salvo que otra Ley establezca una cifra mayor, en cuyo caso se aplicará la ley especial.

Pero si no se trata de un acto de ejecución personalísima y, por tanto, de un acto que puede ser susceptible de ejecución subsidiaria, en este caso también se prevé una obligación, pero de soportar la ejecución, y costear la actuación. El ordinal 1º del Artículo 80 señala que cuando se trata de actos susceptibles de ejecución indirecta con respecto al obligado, la Administración procederá a su ejecución bien por ella misma o por una persona que designe, a costa del obligado. Por ejemplo, si se ordena la demolición de una inmueble que amenaza ruina, el propietario está obligado a demolerlo; pero si se resiste, la Administración tiene dos vías para ejecutar el acto: o por sus propios medios demuele el inmueble a costa del interesado, quien debe pagar el costo de esa demolición, o encomienda a un contratista la tarea de que lo demuela a costa, también, del interesado. En consecuencia, aquí la obligación es de soportar la ejecución indirecta.

§ 26. El régimen de los recursos administrativos y el silencio administrativo

I. EL DERECHO DEL ADMINISTRADO A RECURRIR

1. *El principio de impugnabilidad y los recursos administrativos*

Una de las garantías por excelencia del derecho a la defensa, es el derecho de los interesados a impugnar o atacar en sede administrativa, los actos administrativos emanados como resultado del procedimiento administrativo. Ello además, permite el ejercicio, por la Administración, del control interno sobre sus actos administrativos. Todo ello deriva del denominado principio de impugnabilidad que define el artículo 15 de la Ley 19880 de Chile.

Puede decirse que la regulación de este derecho a recurso dio origen, quizás, el primer cuerpo normativo del derecho de la defensa en materia administrativa; por eso, las regulaciones sobre el procedimiento administrativo en América Latina puede decirse que comenzaron con leyes relativas a recursos administrativos en general. Ese fue el caso, por ejemplo, de la Ley argentina sobre recursos jerárquicos de los años cuarenta. Por ello, el tema de los recursos ha sido una parte esencial de la codificación del procedimiento administrativo.

Si en el procedimiento administrativo se distingue, en general, el procedimiento constitutivo del procedimiento de impugnación del acto administrativo; el régimen de los recursos corresponde precisamente a esta segunda parte del procedimiento, es decir, al procedimiento de impugnación de los actos administrativos. Por eso, su régimen constituye una parte medular de todo el procedimiento administrativo y está influido por todos los principios anteriormente analizados que están en todas las leyes de procedimientos administrativos.

Por supuesto, para ejercer este derecho a recurrir se exige, en principio, por una parte, un acto administrativo previo, de manera que no hay derecho a recurso si no hay acto previo., así sea tácito o presunto; y, por otra parte, se necesita una decisión motivada, ya que poco se lograría al pretender ejercer un recurso gubernativo sin una decisión motivada, es decir, sin motivos respecto de los cuales se pueda reaccionar o cuestionar.

De ahí la duda sobre la efectividad de la figura del silencio administrativo respecto de las peticiones, que deriva del hecho de que no habiendo acto administrativo, se presume negada una petición por el hecho del silencio administrativo. En definitiva, nada logra el administrado con recurrir contra un acto administrativo presuntamente negado, si no tiene argumentos que alegar porque no hay motivos contra los cuales pueda formular una defensa. En esos casos, el objetivo del interesado, cuando formula una petición de, por ejemplo, una autorización o un permiso, es la obtención de una respuesta positiva o negativa expresa de la Administración, por lo que la presunción de un acto negativo no le garantiza nada. Por eso, realmente, la garantía frente al silencio administrativo en el procedimiento constitutivo del acto administrativo es la acción en carencia o por omisión o de cumplimiento o, en su caso, si hay violación de derechos constitucionales, la tutela o el amparo contra la omisión para la obtención de una decisión positiva, que es, en definitiva, lo que busca el administrado.

Por tanto, como ya hemos señalado, el ejercicio del derecho a la defensa está íntimamente vinculado al derecho a la motivación de los actos administrativos (art. 1º, f.3, Ley de Argentina; art. 18.5, Ley de Venezuela), condición indispensable para que pueda tener efectividad. Como lo ha señalado la jurisprudencia contencioso administrativa venezolana:

El derecho a la defensa en el procedimiento administrativo está íntimamente vinculado al derecho a la motivación, porque el conocimiento oportuno de los motivos de la acción administrativa es lo que puede determinar la eficacia y acierto de las decisiones que se dicten, su correcta adecuación al derecho objetivo y el debido equilibrio entre los intereses públicos y particulares involucrados en la decisión, e iniciativa de los interesados. Basta, por lo tanto, con que el acto administrativo no esté debidamente motivado, para que se considere que tácitamente ha existido indefensión de los particulares que han podido oponerse a la decisión, antes de que ésta llegue a afectar sus intereses legítimos, personales y directos, y de allí la necesidad de hacer referencia también a las razones que han sido alegadas entre los requisitos de la motivación (Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 14 de marzo de 1988, *Revista de Derecho Público*, N° 34, Caracas, 1988, p. 86).

Sin motivación de los actos administrativos, por tanto, no habría posibilidad real de ejercer el derecho a la defensa mediante el ejercicio de recursos contra los mismos, es decir, el derecho a recurrir sería nugatorio.

Otro elemento de base respecto del derecho a recurrir, es el que deriva de la formalidad de la notificación del acto, que debe contener el texto íntegro del mismo y, por supuesto, la información sobre los recursos administrativos de los cuales dispone el interesado para poder ejercer su derecho a la defensa, ya sea para dar inicio al procedimiento de revisión o bien para interponer el recurso gubernativo de impugnación de los actos administrativos, y los lapsos de los que dispone para ejercerlos.

En este sentido, por ejemplo, el Código de Colombia establece el derecho de los interesados a ejercer los recursos administrativos que consagra el ordenamiento jurídico, exigiendo que se indique expresamente, en el texto de la notificación o publicación del acto administrativo:

Los recursos que legalmente proceden contra las decisiones de que se trate, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo (art. 47).

En igual sentido se regula en la Ley venezolana (arts. 73 y 74).

Por último, el derecho a recurrir como medio de defensa contra los actos administrativos, exige la previsión formal de medios de recursos administrativos, es decir, de los que puedan formularse ante la propia Administración. Ello conduce a estudiar el régimen de los recursos administrativos como parte del procedimiento de impugnación de los actos administrativos.

2. *Los procedimientos de impugnación de los actos administrativos*

En términos generales, el ordenamiento jurídico regula dos tipos de procedimientos de impugnación de los actos administrativos. Por una parte, un procedimiento de impugnación de carácter jurisdiccional que se desarrolla ante los tribunales contencioso-administrativos, de acuerdo al Artículo 259 de la Constitución. Pero por otra parte, también existe el procedimiento administrativo de impugnación, que se desarrolla ante la propia Administración con motivo del ejercicio de recursos contra los actos administrativos que ahora desarrolla con detenimiento la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Nos corresponde por ello estudiar los medios administrativos de impugnación de los actos administrativos para lo cual analizaremos, separadamente, los principios generales relativos a estos recursos, sus requisitos generales y luego, cada uno de los previstos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos: el recurso de reconsideración, el recurso jerárquico, y el re-

curso de revisión[1]. Haremos además un comentario final sobre el recurso de reclamo, como vía formal de queja prevista en la Ley, aun cuando no se trate de un medio de impugnación de los actos administrativos.

Al analizar los principios generales debemos estudiar, ante todo, la distinción entre los procedimientos judiciales de impugnación de los actos administrativos y estas vías de impugnación administrativa de los actos administrativos; para luego precisar el carácter y fundamento de los recursos administrativos como medio de impugnación.

A. *Distinción entre las vías judiciales y administrativas de impugnación*

La distinción entre los recursos administrativos y los recursos contencioso-administrativos puede realizarse analizando la autoridad que conoce de los recursos; los motivos de impugnación que permiten su ejercicio; los poderes de quien los decide; y los actos decisorios.

En efecto, la primera distinción se basa en la autoridad que conoce de los recursos. En cuanto a los recursos contencioso-administrativos, es decir, las vías judiciales de impugnación de los actos administrativos se ejercen ante tribunales que forman parte del Poder Judicial y que conforman la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a la cual se refiere el Artículo 259 de la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. En cambio, los recursos administrativos que vamos a estudiar, se intentan ante la propia Administración Pública, y es la propia Administración la que está llamada a conocer de estos medios, recursos o vías de impugnación administrativa de los actos administrativos.

Una segunda distinción resulta de los motivos de impugnación. Los medios jurisdiccionales de impugnación contencioso-administrativo que se ejercen ante tribunales especiales para juzgar la inconstitucionalidad o ilegalidad de los actos administrativos, sólo pueden intentarse por motivos de contrariedad al derecho: no se puede acudir ante un tribunal a pedir la nulidad de un acto administrativo sino sólo cuando se alega que el acto es contrario a derecho, es decir, que viole el ordenamiento jurídico. En cambio, ante la Administración, por la vía de los recursos administrativos, los motivos son amplios, y todo motivo jurídicamente útil puede ser alegado. Por ello, se puede acudir a la Administración pidiéndole que revise un acto no sólo porque es ilegal, sino porque se estime que el acto es inoportuno o inconveniente, y que en lugar de beneficiar al interés general, lo lesiona. Por tanto, además de motivos de ilegalidad, en vía administrativa pueden fundamentarse los recursos administrativos en motivos de mérito.

Otra distinción entre ambos tipos de recursos o medios de control de los actos administrativos se basa en los poderes de la autoridad que decide los recursos que se intenten. Si se trata de un recurso jurisdiccional, el juez contencioso-administrativo, con base en el principio general del proceso dispositivo que se admite en Venezuela, está sometido a lo

---

[1] En general, sobre los recursos administrativos, véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana,* Caracas 1964, pp. 78 y ss.; y 227 y ss.; Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo,* Caracas 1978, p. 624 y ss.; Eloy Lares Martínez, "Los Recursos Administrativos" en el libro del Instituto de Derecho Público, *El Procedimiento Administrativo* (en prensa), Tomo IV del *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración,* Caracas 1982; Hildegard Rondón de Sansó, "Estudio Preliminar" en *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos,* EJV, Caracas 1981, p. 57 y ss.; Gustavo Urdaneta, "Guía de Lectura" en *idem,* p. 89 y ss.

La jurisprudencia en materia de recursos administrativos, véase en Allan R. Brewer-Carías, "Los recursos administrativos o gubernativos en la jurisprudencia venezolana" en *Revista de la Facultad de Derecho,* UCV, Nº 29, Caracas 1964, pp. 171-200; en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo,* Tomo III, Vol. II, Caracas 1976, pp. 647-725; y en Mary Ramos Fernández, "Jurisprudencia Administrativa y Constitucional" en *Revista de Derecho Público,* Nº 3, Caracas 1980, p. 134.

alegado y probado en autos y no puede decidir más allá de lo que se le pida. El juez sólo tiene poderes propios de decisión o de actuación de oficio, cuando la Ley se los otorgue expresamente; de lo contrario está sometido a lo que el interesado le alegue y pruebe, por lo que no puede haber decisiones judiciales *ultrapetita ni extrapetita*. En cambio, en vía administrativa, la autoridad administrativa, cuando decide un recurso, no tiene límites determinados en la resolución de los recursos: la autoridad administrativa puede ir inclusive más allá de lo pedido y apreciar directamente, vicios o motivos de revisión de los actos. Un interesado, por ejemplo, puede haber intentado una reclamación contra un acto administrativo alegando ciertas ilegalidades, pero la Administración puede haber advertido que, en realidad, no eran esas sino otras las ilegalidades que afectaban al acto, y previa audiencia del interesado revocarlo, e incluso estimar que el acto era inoportuno o inconveniente y revocarlo, es decir, la Administración no está sometida a decidir los recursos administrativos, sólo con base a lo que se alegue o se le pida. Así se reconoce expresamente en el Artículo 89 de la Ley Orgánica.

Por último, otra distinción entre los recursos administrativos y los contencioso-administrativos está en el acto que decide el recurso. Si se trata de un recurso administrativo, la decisión del mismo por la Administración se produce mediante otro acto administrativo; en cambio, en el campo judicial, la decisión de los recursos jurisdiccionales contencioso-administrativos de impugnación de los actos, al ser emanada de un tribunal, constituye un acto judicial, una sentencia.

B. *Los recursos administrativos como medios de impugnación administrativa*

Los recursos administrativos pueden decirse que fueron regulados por primera vez, con carácter general en el ordenamiento jurídico venezolano, en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Hasta este momento, la construcción de los recursos había sido obra de la doctrina y de la jurisprudencia. Algunas leyes especiales regularon aisladamente algunos recursos jerárquicos, algunos recursos de revisión y algunos recursos de reconsideración, pero no había una normativa general sobre los mismos. Fue con la Ley Orgánica cuando se estableció, por primera vez, esta normativa general destinada a regularlos.

Ahora bien, de acuerdo a la Ley Orgánica pueden considerarse como tales recursos administrativos, los medios de impugnación administrativa contra los actos administrativos que se otorgan a los interesados en el procedimiento administrativo. Se trata, por tanto, siempre de medios jurídicos o de vías jurídicas formalmente establecidas; no es ya la simple petición de gracia que corresponde a cualquier particular, de siempre poder pedir cualquier pronunciamiento a la Administración sino que se trata de una vía de recurso, formalmente establecida, otorgada al interesado para proteger sus derechos. Por eso, hablamos de un medio de impugnación de los actos administrativos, que tiene el interesado para pedir, formalmente, la revisión de los actos administrativos ante la Administración, cuando el acto administrativo le lesione algún derecho o interés legítimo, personal v directo. Además, se trata de un medio administrativo porque es una vía jurídica de impugnación que se intenta ante la propia Administración, para que ésta, a través de un procedimiento, revise sus actos. Por otra parte, es un medio de impugnación y de revisión de los actos administrativos, no de los hechos ni de las actuaciones materiales de la Administración, sino de sus actos jurídicos. Por ello, estos recursos sólo pueden ser intentados ante la propia Administración, contra actos administrativos y por el interesado, es decir, el titular, al menos de un interés legítimo, personal y directo o, por supuesto, el titular de un derecho subjetivo.

C. *Fundamento de los recursos administrativos*

Estos recursos administrativos tienen un doble fundamento. Por una parte, consisten en derecho del interesado y, a la vez, se basan en una prerrogativa de la Administración. Se

trata de un derecho del interesado porque el fundamento último del recurso administrativo, es el derecho de petición que establece el Artículo 51 de lo Constitución y repite el Artículo 2 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Una concreción importantísima de este derecho de petición es, precisamente, esta vía jurídica de impugnación de los actos administrativos.

Pero a la vez, los recursos administrativos están fundamentados en una prerrogativa de la Administración, que podríamos denominar como la potestad de autotutela, es decir, el poder que tiene la Administración de revisar sus propios actos. Por eso, inclusive, la Ley Orgánica regula los recursos administrativos en el Título IV que se refiere a "La Revisión de los Actos Administrativos" en vía administrativa, y que permite el ejercicio por la Administración, de esta potestad de revisión de sus actos en vía administrativa.

II. EL RÉGIMEN GENERAL DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Los recursos administrativos, como medios de impugnación de los actos administrativos en vía administrativa, tienen cada uno sus peculiaridades propias, pero en relación con los mismos se puede identificar un régimen general en cuanto a su objeto, sus motivos, las reglas para la interposición de los mismos, los efectos de la misma y el trámite para su resolución.

1. *El objeto de los recursos administrativos*

Pero además del elemento subjetivo, en los recursos administrativos se distingue también el elemento objetivo, es decir, el acto administrativo, el cual debe reunir ciertos requisitos.

En efecto, de acuerdo al Artículo 85 de la Ley el objeto de los recursos administrativos siempre es un acto administrativo. Sin embargo, se trata de un acto administrativo de efectos particulares, ya que los recursos administrativos no proceden contra los actos administrativos de efectos generales: un Reglamento, por ejemplo, no puede ser impugnado mediante un recurso administrativo, pues esta vía de impugnación de los actos administrativos sólo está reservada a los actos individuales o de efectos particulares.

Pero además de ser un acto administrativo de efectos particulares, el acto objeto de un recurso administrativo tiene que ser un acto definitivo, es decir, un acto que ponga fin a un asunto o a un procedimiento, y ya hemos distinguido el acto definitivo del acto de trámite. Este último es el preparatorio en un procedimiento; en cambio, el acto definitivo es el que pone fin al procedimiento.

La Ley, sin embargo, establece que aun cuando no se trate de un acto definitivo, que ponga fin a un asunto, un acto de trámite podría ser objeto de un recurso administrativo cuando imposibilite la continuación del procedimiento, cause indefensión o prejuzgue el asunto como si se tratara del acto definitivo. Por ejemplo, un acto de trámite que imposibilite la continuación del procedimiento sería el acto por medio del cual la Administración rechaza un recurso porque estima que no se han cumplido los requisitos que establece la Ley para introducir la solicitud. El Artículo 50 de la Ley establece así, la posibilidad de que se intente un recurso jerárquico contra la decisión que objeta una solicitud por estimar la Administración que adolece de errores u omisiones.

Por otra parte, un acto administrativo de trámite causaría indefensión, cuando la Administración le niegue al particular, por ejemplo, una prueba que él pretende que debe aportar al procedimiento para demostrar determinados hechos a su favor. En ese caso, el acto de trámite lesiona, además, el derecho a la defensa, pues le imposibilita defenderse.

En cuanto al acto de trámite que prejuzgue el procedimiento como definitivo se produciría, por ejemplo, con una notificación, que contenga indirectamente una decisión, pues le sugiere al interesado, que en un procedimiento sancionatorio, se encuentran elementos en su contra, exigiéndosele que comparezca solo a defenderse. En todos esos supuestos, por tanto, el acto, aun cuando no sea definitivo, es un acto que puede ser objeto de un recurso administrativo.

Por otra parte, la situación general en América Latina responde a los mismos principios generales analizados, en el sentido de que en general, el objeto de los recursos administrativos lo constituye un acto administrativo definitivo de efectos particulares. Por ello, el Código de Colombia excluye el recurso respecto de los actos de carácter general (art. 49); aún cuando, al contrario, la Ley de Uruguay excepcionalmente permite el ejercicio de un recurso contra una norma de carácter general (art. 166). Igual se establece en la Ley de Honduras (art. 129).

En el caso de la Ley de Uruguay, expresamente el artículo 166 regula esto en la forma siguiente:

> *Artículo 166.* La resolución que haga lugar al recurso interpuesto contra una norma de carácter general implicará la derogación, reforma o anulación de dicha norma según los casos. Sus efectos serán generales y, en los casos de anulación o derogación o reforma por razones de legitimidad serán además con efectos retroactivos (“ex tunc”), sin perjuicio de que subsistan:
>
> a. los actos firmes y estables dictados en aplicación de la norma impugnada; y
>
> b. los derechos adquiridos directamente al verificarse el supuesto de hecho previsto en dicha norma sin necesidad de acto de ejecución alguno que no resulten incompatibles con el derecho del recurrente.

En todos los casos previstos en este artículo, la resolución del recurso deberá publicarse en el “Diario Oficial”.

Por otra parte, en principio, los recursos proceden contra los actos administrativos definitivos, es decir, conforme al Código de Colombia, aquéllos “que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto” (art. 50).

Excepcionalmente, sin embargo, se admite la posibilidad de impugnar, por vía de recurso, a los actos de trámite, siempre que imposibiliten continuar el procedimiento, causen indefensión o prejuzguen como definitivo. En estos casos, como lo regula la Ley venezolana, se abre la posibilidad de la impugnación de estos actos de trámite (art. 85). En sentido similar se regula en el Código de Colombia (art. 49) y en la Ley del Perú (art. 206,2).

Por lo tanto, el objeto de los recursos ordinarios es, en principio, el acto definitivo y que no sea firme por no haberse vencido los lapsos previstos para su impugnación.

Por otra parte, el recurso jerárquico sólo puede intentarse contra un acto que no agote la vía administrativa; y en algunos casos, como en la legislación de Venezuela, el objeto de un recurso jerárquico sólo puede ser un acto administrativo que resuelva un recurso de reconsideración previamente intentado (art. 95).

Además, debe mencionarse que, en general, las leyes de procedimiento administrativo de América Latina admiten el ejercicio de los recursos administrativos contra los actos administrativos tácitos denegatorios que resulten del silencio administrativo.

Por último, debe destacarse el artículo 345 de la Ley General de Costa Rica, el cual precisa cuáles son los actos administrativos que pueden ser objeto de recursos ordinarios:

1. En el procedimiento ordinario cabrán los recursos ordinarios únicamente contra el acto que lo inicie, contra el que deniega la comparecencia oral o cualquier prueba y contra el acto final.

2. La revocatoria contra el acto final del jerarca se regirá por las reglas de la reposición de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

3. Se considerará como final también el acto de tramitación que suspenda indefinidamente o haga imposible la continuación del procedimiento.

2. *Los motivos del recurso*

En cuanto a los motivos de los recursos administrativos, puede decirse que, en general, y con la excepción del régimen del Perú, existe un régimen común, salvo en el caso del recurso de revisión que está condicionado a determinados motivos expresamente establecidos.

En efecto, los recursos ordinarios proceden cuando se alega cualquier infracción del ordenamiento jurídico, es decir, cualquier motivo de ilegalidad, y también, por supuesto, cualquier motivo de mérito, es decir, de oportunidad y conveniencia que el particular pueda alegar ante la Administración. En el Perú, sin embargo, deben existir nuevas pruebas para sustentar estos recursos (arts. 208 y 209).

Los recursos administrativos, por tanto, no sólo son vías de revisión gubernativa fundamentadas en razones de ilegalidad, sino que pueden ser intentados por motivos de oportunidad y conveniencia. Así lo establece la Ley General de Costa Rica: “por motivos de legalidad o de oportunidad” (art. 342) y la Ley de Brasil: “por razones de legalidad o de mérito” (art. 56). Aclara, por ejemplo, el Reglamento de la Comunidad Andina, que los recursos proceden contra los actos “por estar viciados en sus requisitos de fondo o de forma, e incluso por desviación de poder” (art. 39).

En Uruguay, los recursos de anulación se deben fundamentar en que el acto impugnado es contrario a una regla de derecho o implica desviación, abuso o exceso de poder (art. 151). En el caso de la Ley de Honduras, también se precisa el motivo de los recursos así:

> *Artículo 130*. Los recursos de apelación y reposición podrán fundarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso el exceso de poder y la desviación de poder; y, cuando las resoluciones fueren dictadas en ejercicio de potestades discrecionales, en razones vinculadas a la oportunidad o conveniencia del acto impugnado.

La Ley del Perú, por su parte, dispone que los recursos administrativos pueden intentarse contra los actos administrativos que se supone violan, desconocen o lesionan un derecho o interés legítimo (art. 206,1).

En Venezuela, en cuanto a los motivos de los recursos administrativos[2], por lo que concierne a los recursos jerárquicos y de reconsideración, los mismos también pueden ser de cualquier naturaleza. Por tanto, pueden estar fundamentados en motivos de hecho, de oportunidad y conveniencia o de derecho. Por tanto, quien intenta la impugnación de un acto administrativo por vía de reconsideración o jerárquica puede alegar, tantas razones de ilegalidad, si estima que el acto es contrario a la Ley, o razones de mérito, de inoportunidad, de inconveniencia o de hecho como fundamento de su recurso. Esta es una de las diferencias entre estos medios administrativos de impugnación de los actos administrativos, y los medios jurisdiccionales contencioso-administrativos.

---

[2] En particular, véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas 1964, p. 237 y ss.

Otro tema vinculado al de los motivos de los recursos, es el de la oportunidad para formular la fundamentación de los mismos. En el procedimiento administrativo, por el principio de la informalidad o flexibilidad consagrado expresamente en algunos países, como en Uruguay, la Ley permite que la fundamentación del recurso, que constituye un derecho del recurrente, pueda cumplirse con posterioridad a su presentación (art. 155). En esta forma no se exige que en el propio texto del recurso se incluya toda su fundamentación, como al contrario sucede en Venezuela y Colombia, donde el propio texto del recurso debe contener toda la fundamentación, al punto de que puede considerarse como una causal de inadmisibilidad y de rechazo, el que el texto del recurso no contenga todos los elementos que exija la Ley, entre ellos la fundamentación. (arts. 49 y 86 de la Ley de Venezuela).

3. *La interposición de los recursos y su inadmisibilidad*

Lo primero que debe señalarse respecto de la interposición de los recursos administrativos, es lo referente a la identificación del acto objeto de los mismos y que, en principio, deben contener los motivos de reclamo, salvo que la Ley permita su fundamentación posterior.

Además, las leyes de procedimiento administrativo establecen otra serie de elementos que inciden sobre la admisibilidad de los recursos como medios formales de impugnación de los actos administrativos, y que normalmente se refieren a la legitimación, al principio de la participación de los interesados, a las formalidades, al lapso de interposición y a la decisión de los recursos.

A. *La legitimación activa y la intervención de los interesados*

En cuanto a legitimación, puede señalarse que invariablemente el principio general es que la legitimación activa está reservada a los interesados, es decir, a quienes tengan interés personal, legítimo y directo en el acto que se impugna (art. 85, Ley de Venezuela; art. 52, Código de Colombia; art. 127, Ley de Uruguay; art. 129, Ley de Honduras).

Este interés personal, legítimo y directo puede derivar de un derecho subjetivo, del hecho de ser destinatario del acto o de estar en una especial situación de hecho que hace que surja el interés en relación a ese acto administrativo concreto.

En Venezuela el Artículo 85 de la Ley Orgánica, que es el primero de los capítulos relativos a los recursos administrativos, establece que los interesados son los que pueden interponer los recursos. Por tanto, se trata de un medio jurídico de impugnación que la Ley reserva a los interesados, y ya hemos visto quiénes son, de acuerdo a la Ley, interesados. En efecto, se consideran tales, de acuerdo al Artículo 22 de la Ley, a los titulares de un interés personal, legítimo y directo, en la forma regulada en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia cuando establece la legitimación en los juicios de nulidad contra los actos administrativos de efectos particulares. Por tanto, el primer elemento de la legitimación exige que el recurrente tenga la titularidad de un interés personal, legítimo y directo como base para poder intentar el recurso. Pero el Artículo 85 de la Ley va más allá, pues no sólo exige la condición de interesado para interponer los recursos, sino que prevé, además, la necesidad de que el acto recurrido lesione sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos, personales y directos, por lo que en principio, debe probarse o acreditarse esa lesión.

En el caso de la Ley uruguaya, la misma establece expresamente que:

> *Artículo 152*. Podrán interponer recursos administrativos, los peticionarios y las personas que se consideren directamente lesionadas en sus derechos o intereses por el acto administrativo impugnado.

La Ley de Brasil, además, precisa la legitimación para intentar los recursos, abriéndola a los representantes de intereses colectivos y difusos, así:

Art. 58. Têm legitimidade para interpor recurso administrativo:

I. os titulares de direitos e interesses que forem parte no processo;

II. aqueles cujos direitos ou interesses forem indiretamente afetados pela decisão recorrida;

III. as organizações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;

IV. os cidadãos ou associações, quanto a direitos ou interesses difusos.

Se destaca, por otra parte, el supuesto del recurso de revisión que en el caso de la Ley de Honduras, se permite que sea interpuesto por el Procurador General de la República "en interés de la legalidad de la actividad administrativa" (art. 145).

En cuanto a la intervención de los interesados en el procedimiento, la Ley uruguaya establece claramente el principio general en esta materia, así:

Artículo 153. Cuando los recursos se interpusieren contra un acto administrativo declarativo o constitutivo de una situación jurídica subjetiva, se dará intervención en los procedimientos al interesado en que el acto impugnado se mantenga.

En el caso de comparecer deberá hacerlo en la misma forma que el recurrente y tendrá los mismos derechos que éste.

B. *El plazo de interposición y su inicio*

En casi todas las leyes, y con gran variación numérica, se regulan los términos de interposición de los recursos, en lapsos que van desde 3 días, por ejemplo, en Costa Rica (art. 346), hasta 15 días en el caso de Venezuela (art. 94 y 95).

De acuerdo con la regulación concreta que cada país establece, se trata de un lapso de caducidad que se inicia con la notificación del acto administrativo, cuando comienza la etapa de revisión del acto impugnado. Por supuesto, aun sin notificación, el particular puede, en cualquier momento, recurrir el acto dándose por notificado. Inclusive, así lo regula la expresamente Ley de Uruguay, al indicar que:

Si el acto no ha sido notificado personalmente ni publicado en el Diario Oficial, según corresponda, el interesado podrá recurrirlo en cualquier momento (art. 142,2).

Por tanto, este puede considerarse como un principio general que aun cuando no haya habido notificación, el interesado puede darse por notificado e impugnar el acto a través de los recursos que proceden, de manera que no es necesaria o indispensable la notificación directa para poder intentar el recurso.

Sin embargo, en la misma Ley de Uruguay se establece una garantía para el interesado, en estos casos de ausencia de notificación del acto, al expresar que:

En ningún caso el conocimiento informal del acto lesivo por parte del interesado suple a la notificación personal o a la publicación en el "Diario Oficial", según corresponda, por lo que no hace correr el cómputo del plazo para recurrir. No obstante, el interesado, si lo estimare del caso, podrá ejercitar sus defensas jurídicas dándose por notificado (art. 143).

La Ley argentina, por su parte, regula los casos de peticiones fuera de lapso, una vez caducados los recursos, así:

Una vez vencidos los plazos establecidos para interponer recursos administrativos se perderá el derecho para articularlos; ello no obstará a que se considere la petición como denuncia de ilegitimidad por el superior, salvo que éste resolviera lo contrario por motivos de seguridad jurídica o que, por estar excedidas razonables pautas temporales, se entienda que medió abandono voluntario del derecho (art. 1,e,6).

Por otra parte, la Ley argentina también regula el principio de que aún cuando los recursos hubiesen sido mal calificados, adolezcan de defectos formales insustanciales o fueren deducidos ante órgano incompetente por error excusable, sin embargo, su interposición no interrumpe el curso de los plazos (art. 1,e,7).

C. *Los elementos formales y el escrito de interposición*

Además de estos elementos subjetivos y objetivos, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece una serie de elementos o requisitos formales de todos los recursos administrativos. Así, el Artículo 86 de la Ley Orgánica establece el formalismo escrito, como base de un recurso, el cual debe intentarse mediante un escrito que reúna los extremos exigidos en el Artículo 49 de la Ley. Así, en ese escrito debe especificarse el organismo al cual está dirigido el recurso; la identificación del interesado o, en su caso, de la persona que actúe como su representante, con expresión de nombres y apellidos, domicilio, nacionalidad, estado civil, profesión, número de cédula de identidad o pasaporte en su caso; dirección del lugar donde deben hacerse las notificaciones, y los hechos, razones y pedimentos correspondientes, expresando con toda claridad cuál es la materia objeto del recurso. No basta, por tanto, un documento donde simplemente se diga "apelo" de tal decisión, sino que el particular está obligado a indicar, con precisión, cuáles son sus argumentos y sus razones para fundamentar el recurso. Además, debe también hacerse referencia a los anexos que acompañan al escrito del recurso, si los hay, y así mismo a cualquier otra circunstancia que exijan las normas legales y reglamentarias. El documento, por último, debe estar firmado expresamente por los interesados.

Todos estos requisitos del Artículo 49 de la Ley, se exigen como condiciones de admisibilidad del recurso, por lo que cualquier incumplimiento de estos requisitos formales, puede provocar que el recurso pueda ser declarado inadmisible. Por ello, el Artículo 86 de la Ley Orgánica señala que cuando el recurso no llene los requisitos exigidos, no será admitido, a cuyo efecto, la Administración debe dictar una decisión motivada y notificada expresamente al interesado. En este caso, tratándose de un acto de trámite, la motivación requerida se configura como una excepción al principio del Artículo 9º de la Ley.

Debe observarse que, en este caso, la Ley no garantiza el derecho a la información previsto respecto a las solicitudes, conforme al cual la Administración está obligada a advertir al particular qué es lo que le falta y qué requisitos no cumple. Particularmente hemos hecho referencia al Artículo 50, que establece la obligación de la Administración de notificar al particular las fallas u omisiones de las solicitudes para que las complete. En materia de recursos, sin embargo, no se consagra este derecho porque ya se supone que el particular ha tenido suficientes garantías, pues ya ha habido un procedimiento y un acto dictado. Después de todos esos trámites, si el interesado sigue cometiendo errores no puede seguir alegando su propia torpeza. Por eso, en este caso, la Ley establece, pura y simplemente, un formalismo mayor de manera que si no se cumple con él, debe declarar la inadmisión del recurso por la Administración, mediante acto motivado.

Sin embargo, un aspecto que atenúa un poco este formalismo es el establecido en el mismo Artículo 86, y que prescribe que si hay algún error en la calificación del recurso por parte del recurrente interesado, el error no es obstáculo para que se tramite el recurso, siempre que del escrito se deduzca cuál es su verdadero carácter. Si del escrito se evidencia, por ejemplo, que lo que se está intentando es un recurso jerárquico para que el superior jerárquico revise el acto del inferior, pero se lo califica erradamente y se le denomina recurso de revisión o de reconsideración, ello no es motivo para que se declare inadmisible el recurso, sino que la Administración debe darle el trámite adecuado y correcto, si ello se deduce de la documentación acompañada.

Por otra parte, puede decirse que en la mayoría de los textos legales latinoamericanos también se establecen los requisitos formales de la interposición de recursos, exigiendo que deben intentarse por escrito, con las mismas indicaciones requeridas para las solicitudes o peticiones. (art. 52, Código de Colombia). Ninguna de las leyes de procedimiento administrativo permite la interposición verbal de un recurso gubernativo, pues las leyes siempre hablan del escrito del recurso.

En muchos casos los recursos deben cumplir las mismas condiciones de las peticiones que, en particular, se detallan en la legislación: se exige, así, la identificación del acto administrativo recurrido, del órgano ante el cual se dirige, del recurrente, y la expresión de los motivos o fundamentos del recurso. Así se indica, por ejemplo, en la legislación de México (art. 86) y de Uruguay (art. 154) donde, incluso, se señala que cualquiera que sea la forma documental, siempre tiene que cumplirse una serie de requisitos, así:

Artículo 154. Cualquiera sea la forma documental utilizada para la interposición de los recursos (escrito en papel simple, formulario o impreso, telegrama colacionado certificado con aviso de entrega, télex, fax, o cualquier otro medio idóneo), siempre deberá constar claramente el nombre y domicilio del recurrente y su voluntad de recurrir traducida en la manifestación de cuáles son los recursos que se interponen y la designación del acto administrativo que impugna.

En todo caso, entre los requisitos formales está la motivación del recurso, al punto de que como sucede en Brasil (art. 60), en Venezuela (art. 86) y en Colombia (art. 53), si no se llenan esos requisitos debe haber una decisión motivada de inadmisibilidad del recurso.

En esta materia, por tanto, varía el principio de la colaboración que rige respecto de las peticiones, y que exige a la Administración colaborar con el interesado a los efectos de advertirle los errores de su petición para que los corrija. En materia de recursos, en cambio, la regulación es mucho más formalista, de manera que si no se presenta el recurso conforme a los requisitos exigidos, no se le devuelve al particular para que lo corrija, si no que se lo declara inadmisible. Por tanto, en esta materia no rige el principio de la colaboración sino, al contrario, se establece la declaratoria de inadmisibilidad del recurso, mediante resolución motivada.

En cuanto al principio *solve et repete*, debe señalarse que aún cuando algunas leyes lo consagran, exigiéndose que con el recurso se "acredite el pago o el cumplimiento de lo que el recurrente reconoce deber" (art. 52 del Código colombiano), en general no tiene vigencia por las razones de inconstitucionalidad que anteriormente se han expuesto.

D. *La interposición conjunta y subsidiaria*

En algunas legislaciones se admite la posibilidad de interposición conjunta o subsidiaria de recursos; un ejemplo de esto se encuentra en la legislación de Uruguay (art. 164), conforme a la cual se puede intentar el recurso de reconsideración y, subsidiariamente, el jerárquico, de la manera siguiente:

> *Artículo 164.* En los casos en que se hayan interpuesto en forma conjunta y subsidiaria los recursos de revocación y jerárquico, o de revocación y de anulación, o de revocación, jerárquico y de anulación, el recurrente podrá presentarse ante los órganos competentes para resolver los recursos subsidiarios a efectos de urgir la resolución de los recursos en trámite, a medida que se vayan operando las correspondientes confirmaciones fictas del acto impugnado.

Recibido el petitorio, el órgano referido requerirá, sin más trámite, al órgano que dictó la resolución recurrida, o, en su caso, al órgano competente para decidir el recurso subsidiario siguiente al de revocación...

Este principio también está establecido en el Código colombiano indicándose que el recurso jerárquico puede interponerse directamente o en subsidio del de reposición (art. 51).

En cambio, debe indicarse que un principio como ese no puede aplicarse en el sistema venezolano, porque en el mismo se exige que el recurso jerárquico sólo puede intentarse cuando se niegue el de reconsideración, por lo que nunca se pueden interponer ambos al mismo momento. Sólo una vez dictada la decisión del recurso de reconsideración es que se podría intentar el recurso jerárquico.

E. *La autoridad competente*

En cuanto a la Administración, como parte del elemento subjetivo de los recursos, deben distinguirse los órganos ante los cuales se interponen éstos, de los órganos decisores del recurso. En efecto, de acuerdo a la norma general del Artículo 67 de la Constitución, que establece el derecho de petición, la Administración que conozca del recurso debe ser aquella que tenga competencia en el asunto concreto, y esa competencia debe ser por razón de la materia, del territorio y por el ámbito político-territorial: nacional, estadal o municipal.

Ahora bien, dependiendo del tipo de recurso, éste debe intentarse ante el mismo funcionario que conoce del asunto o que decidió el asunto que se impugna, o ante el superior jerárquico, según que se trate, respectivamente de un recurso de reconsideración, de un recurso de revisión o de un recurso jerárquico.

En efecto, el recurso de reconsideración, conforme a los Artículos 91 y 94 de la Ley, se interpone ante el mismo órgano que dictó el acto recurrido para que el mismo lo decida. Por tanto, el recurso se debe intentar directamente ante esa autoridad.

El recurso jerárquico, conforme al Artículo 95 de la Ley Orgánica de Venezuela, debe interponerse "directamente para ante el Ministro", lo que podría dar a entender que ha de introducirse o presentarse "por ante" el funcionario que negó la solicitud de reconsideración para su remisión para ante el Ministro, quien debe decidirlo.

Sin embargo, en relación con el recurso jerárquico debe indicarse que en General habría dos posibilidades para interponerlo: por una parte, se puede intentar ante el inferior para ante el superior, como sucede en el Perú; o como sucede en el caso de la legislación venezolana, se puede intentar directamente ante el superior, es decir, no se acude ante el órgano que dictó el acto recurrido sino que se acude directamente ante el superior jerárquico, para que adopte la decisión. Esto ocurre, igualmente, en los sistemas donde existe el recurso de revisión, que es extraordinario, en cuyo caso también se interpone directamente ante el superior jerárquico para que conozca del recurso, sin necesidad de interponerlo ante el inferior.

La regulación positiva de esta materia, sin embargo, varía en la Ley General de Costa Rica, en la cual la interposición de los recursos ordinarios debe efectuarse ante el órgano director del procedimiento, de manera que cuando se trate de la apelación, aquél se limitará a emplazar a las partes ante el superior y remitirá el expediente sin admitir ni rechazar el recurso, acompañando un informe sobre las razones del recurso (art. 349).

En el caso de Uruguay, la Ley regula esta materia de la manera siguiente:

> *Artículo 160.* Tratándose de actos administrativos dictados por el Poder Ejecutivo, actuando en acuerdo, el recurso de revocación podrá presentarse ante el Ministerio actuante, de ser varios el que figure en primer término, o bien ante la Secretaría de la Presidencia de la República. En este último caso, previo registro de su entrada será remitido al Ministerio que corresponda, donde se sustanciará y someterá, oportunamente, al acuerdo del Poder Ejecutivo, con el proyecto de resolución respectivo.

Si el acto administrativo hubiese sido dictado por el Consejo de Ministros, el recurso de revocación se presentará ante la Secretaría de la Presidencia de la República, la que procederá en la forma señalada por el respectivo Reglamento del Consejo de Ministros.

Por otra parte, en materia de actos dictados en delegación de atribuciones, el artículo 161 de la Ley de Uruguay establece que los recursos podrán presentarse indistintamente ante el órgano delegante o ante el órgano delegado. En este último caso, el órgano delegado lo sustanciará y someterá oportunamente al órgano delegante con el proyecto de resolución respectivo.

En cuanto al recurso de revisión, conforme al Artículo 97 de la Ley venezolana, exige que debe interponerse directamente "ante el Ministro" respectivo, para su decisión por éste.

F. *Los efectos de la interposición de los recursos*

a. *Los efectos suspensivos y no suspensivos*

Otro aspecto fundamental derivado de la interposición de los recursos es el de los efectos que produce, que pueden ser suspensivos o no suspensivos.

Hemos señalado que los actos administrativos tienen carácter ejecutorio y, por tanto, pueden ser ejecutados de inmediato, aun contra la voluntad del interesado. En virtud de este principio puede decirse que existe un principio general de los recursos administrativos, y es el del carácter no suspensivo de los mismos[3]. El interesado, cuando intenta un recurso administrativo, no puede pretender que con sólo intentar el recurso, el acto quede paralizado en su ejecución; al contrario, el principio es distinto, y está previsto expresamente en el Artículo 87 de la Ley. Esta norma, en efecto, dispone que la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo cuando haya una previsión legal en contrario, es decir, cuando la propia Ley establezca la suspensión. Por ejemplo, en materia municipal, las ordenanzas que regulan la demolición de inmuebles señalan que intentado un recurso contra el acto que ordena la demolición, ésta no puede ejecutarse hasta que el acto no esté firme, es decir, después de la decisión del superior. Sin embargo, cuando la Ley no prescribe nada, el principio es el contrario, es decir, que los recursos administrativos no tienen efectos suspensivos y, por tanto, los actos recurridos se cumplen de inmediato, aun cuando el particular, los impugne mediante recurso. La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, sin embargo, establece la posibilidad de que la Administración, al recibir el recurso, pueda suspender de oficio o a petición del recurrente el acto recurrido, cuando la ejecución de este acto de inmediato, pudiera causar un grave perjuicio al interesado o si la impugnación del acto se basa en nulidad absoluta, pues tratándose de un vicio tan grave, que en principio, provoca que el acto no pueda producir efectos, lo contrario sería ir en contra de las propias normas que regulan la nulidad absoluta. En estos casos, exige el Artículo 87, la Administración, para suspender los efectos del acto, obligatoriamente debe exigir la constitución previa de la caución o fianza que considere suficiente siendo el funcionario responsable por la caución aceptada insuficientemente.

La caución, en todo caso, se exige para garantizar que el recurrente responda por los daños y perjuicios que pueda ocasionar la inejecución del acto recurrido.

---

3 Véase Allan R. Brewer-Carías, "Los efectos no suspensivos del recurso contencioso-administrativo de anulación y sus excepciones" en *Revista de la Facultad de Derecho,* UCV, N" 37-38, Caracas 1968, pp. 293-302; Hildegard Rondón de Sansó, "Análisis crítico de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos" en *Revista del Consejo de la Judicatura,* N° 22, Caracas 1981, p. 25 y ss.

En cuanto a la jurisprudencia véase Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974, y Estudios de Derecho Administrativo,* Tomo III, Vol. II, Caracas 1976, p. 649 y ss.

Puede decirse que este principio general de los efectos no suspensivos de los recursos administrativos es común en todo el ordenamiento jurídico comparado latinoamericano, siendo la legislación colombiana una excepción, al establecer, en general, el principio contrario de que los recursos se concederán con efectos suspensivos (art. 55).

La excepción es, por tanto, el carácter suspensivo de los recursos contra los actos administrativos, la cual sin embargo se regula en forma general, en Venezuela, sin embargo, los efectos suspensivos de los recursos sólo en materia tributaria. Ello está regulado en el Código Orgánico Tributario, donde se establece que la interposición de los mismos sí tiene efectos suspensivos.

Ahora bien, ante el principio general de los efectos no suspensivos de la ejecución de los actos administrativos con motivo del ejercicio de los recursos administrativos, como antes se ha señalado, las leyes de procedimiento administrativo han establecido la posibilidad de que la autoridad administrativa pueda, de oficio o a petición de parte, suspender los efectos de los actos recurridos, cuando estime que la ejecución pudiere causar gravamen irreparable (art. 61, Ley de Brasil).

También en Uruguay, al igual que en el artículo 87 de la Ley venezolana, se establece, además, que cuando se intente un recurso fundamentado en la nulidad absoluta del acto recurrido, la autoridad puede suspender los efectos del mismo, incluso con la previsión de que puede exigir una fianza o caución, con la finalidad de responder por los daños que pueda causar la suspensión de efectos del acto impugnado. Esta posibilidad de suspensión de los efectos de los actos por daños graves o por perturbaciones graves, también se prevé en la legislación de Uruguay (art. 150).

En otros países, como en México, la Ley Federal le da efectos suspensivos a la interposición de los recursos, en forma similar al caso colombiano, pero sometido a las siguientes condiciones establecidas expresamente en el artículo 87 de la misma:

I. Lo solicite expresamente el recurrente;

II. Sea procedente el recurso;

III. No se siga perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público;

IV. No se ocasionen daños o perjuicios a terceros a menos que se garanticen éstos para el caso de no obtener resolución favorable; y

V. Tratándose de multas, el recurrente garantice el crédito fiscal en cualesquiera de las formas previstas en el Código Fiscal de la Federación.

La autoridad deberá acordar, en su caso, la suspensión o la denegación de la suspensión dentro de los cinco días siguientes a su interposición, en cuyo defecto se entenderá otorgada la suspensión.

Por tanto, en el caso mexicano, puede decirse que la suspensión de efectos no es automática, es decir, no es *ex lege;* hay que solicitarla y hay que fundamentarla debidamente.

Además, debe señalarse que en esta regulación se condiciona la suspensión al afianzamiento, con lo cual, de nuevo aparece el fantasma del *solve et repete*, no ya pagando antes del reclamo, sino a través del otorgamiento de cauciones suficientes para garantizar, antes de reclamar o simplemente para reclamar. Las mismas cuestiones de inconstitucionalidad que anteriormente se han expuesto, también afectarían está exigencia.

b. *Los efectos preclusivos*

Otro tema vinculado con la interposición de los recursos es el del carácter preclusivo o no de dicha imposición respecto a la vía judicial.

En la Ley venezolana, por ejemplo, se establece el principio general de que si se hace uso de los recursos administrativos o gubernativos, es decir, una vez interpuesto un recurso de reconsideración o jerárquico, el interesado no puede acudir a la vía judicial contencioso administrativa mientras no se decida el recurso en sede administrativa o transcurra en su totalidad el lapso prescrito para la decisión (art. 92). En consecuencia, si se opta por la vía administrativa hay que esperar que la Administración decida, para luego acudir a la vía judicial contencioso administrativa o, en su caso, hacer valer el principio del silencio negativo.

El mismo principio se recoge expresamente en el Reglamento de la Comunidad Andina, en el sentido de que, interpuesto un recurso, el interesado no podrá impugnar el mismo acto ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, mientras no se produzca la Resolución respectiva o no se venza el plazo que tenga la Secretaría General para resolver (art. 43).

Este principio se sigue igualmente en Colombia, en el sentido de que si se acude a la vía gubernativa hay que esperar que se resuelva el recurso gubernativo antes de acudir al contencioso administrativo.

En cambio, en el caso mexicano, se encuentra una disposición que abre alternativas, en el sentido de que "el recurrente podrá esperar la resolución expresa o impugnar en cualquier tiempo la presunta confirmación del acto impugnado" (art. 94).

Es decir, incluso antes de que transcurra el lapso de decisión se puede acudir ante el juez, por lo que en este caso la interposición del recurso no tendría efectos preclusivos.

4. *La tramitación de los recursos*

Sobre la tramitación de los recursos, las legislaciones recogen todos los principios que hemos señalado para la fase del procedimiento constitutivo del acto administrativo. Hay, sin embargo, disposiciones específicas que deben destacarse.

A. *La autoridad competente*

En principio, la autoridad competente para tramitar los recursos es la que debe decidirlos. Sin embargo, en el caso de Uruguay, la autoridad competente para tramitarlos es la que tiene a su cargo la sustanciación y, por ello "podrá disponer su acumulación y resolver en una sola decisión..." (art. 162), todos los recursos que se intenten contra un acto así sean intentados por diversos particulares. Se destaca en esta disposición el principio de la acumulación de actos para que haya mayor celeridad en la resolución del procedimiento.

B. *Las pruebas*

Siendo los recursos administrativos vías formales para impugnar los actos administrativos, es evidente que en el procedimiento administrativo que se desarrolla para su resolución, la Administración debe asegurar el derecho de defensa de los interesados. Es por ello que interpuesto un recurso contra un acto administrativo que reconociere un derecho, debe asegurarse la intervención en el procedimiento a los interesados en que se mantenga el acto, a cuyo efecto debe notificárseles a fin de que puedan alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes. (art. 62, Ley de Brasil; art. 128, Ley de Uruguay).

Los principios sobre las pruebas son los mismos tanto en el procedimiento de revisión de los actos administrativos como los que están establecidos en el procedimiento constitutivo de los mismos, antes analizados. Sin embargo, por supuesto, en este caso, tratándose

del ejercicio de recursos, hay una mayor carga de la prueba para el recurrente, ya que si el recurrente es quien impugna el acto, le corresponde probar sus alegaciones lo que, por supuesto, no exime a la Administración de su potestad de probar (art. 134 de la Ley de Honduras).

Por ejemplo, en el Reglamento de la Comunidad Andina se establece que:

> *Artículo 40.* Salvo que un acto sea impugnado por razones de incompetencia de la Secretaría General, o por lo previsto en decisiones sobre temas especiales, al interesado recurrente corresponde probar los vicios que en su opinión afectan al acto recurrido.

Es de destacar en esta reglamentación de la Comunidad Andina, el reconocimiento del principio de la inversión de la carga de la prueba cuando se trate de alegatos de vicios de incompetencia, en cuyo caso, es la Administración la que debe probar su competencia.

Por otra parte, en el Código colombiano se encuentra una clara regulación del tema de las pruebas en el procedimiento administrativo relativo a los recursos administrativos, precisándose su oportunidad, los medios de prueba que se admiten y el término o lapso dentro del cual deberán ser promovidas. En efecto, en cuanto a los recursos de reposición y de apelación, el Código dispone que siempre debe resolverse de plano, a no ser que al interponer el de apelación se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio (art. 57).

En el procedimiento administrativo de impugnación, al igual que en el procedimiento constitutivo, son admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil (art. 57), siendo los gastos que ocasione la práctica de una prueba a cargo de quien la pide y si son varios o si se decretan de oficio, se deben distribuir en cuotas por igual entre todos los interesados (art. 57)

C. *El término de instrucción y la responsabilidad administrativa*

En el trámite de los recursos, esto es, en el procedimiento administrativo de impugnación, al igual que en el trámite del procedimiento constitutivo del acto administrativo, también se establecen lapsos de instrucción durante el cual debe ser resuelto; lapsos que varían en cada legislación. Por ejemplo, en la Ley de Uruguay, la Administración tiene 30 días para decidir (art. 146); y en la Ley Orgánica de Venezuela, se establece un lapso de 90 días para la resolución del recurso de reconsideración y del jerárquico, contados a partir de su presentación (art. 91).

En todo caso, como siempre existe un lapso dentro del cual debe decidirse, se aplican también, en consecuencia, todos los principios relativos a la responsabilidad del funcionario por retardo u omisión antes mencionados, y que pueden dar origen a responsabilidad administrativa. Por ello, la Ley de Uruguay dispone que se considerará falta grave el retardo u omisión de las providencias del trámite o de la omisión de los informes, diligencias o asesoramientos ordenados (art. 163).

D. *El desistimiento de los recursos*

Las diversas leyes de procedimiento administrativo también regulan la figura del desistimiento de los recursos, como es el caso de la Ley del Perú (art. 190) y del Código de Colombia; este último establece que:

> *Artículo 54*. El recurrente podrá desistir de los recursos, directamente o mediante apoderado expresamente autorizado para ello.

5. *La decisión de los recursos*

Los recursos administrativos constituyen una reclamación que se formula ante la Administración, contra un acto, para que la Administración lo revise. Por tanto, la Administración, cuando reviva el acto, dicta otro acto que es de carácter administrativo y de efectos particulares[4]. Mediante ese acto administrativo por el cual se revisa otro anterior con motivo de un recurso administrativo, la Administración puede confirmar el acto anterior, revocarlo, modificarlo o sustituirlo por otro.

En tal sentido, por ejemplo, el Artículo 90 de la Ley Orgánica, en relación a los recursos de reconsideración y jerárquicos, establece que el órgano que los decida podrá confirmar, modificar o revocar el acto impugnado, así como ordenar la reposición en caso de vicios en el procedimiento, sin perjuicio de la facultad que tiene la Administración para convalidar los actos viciados de nulidad relativa.

Por tanto, la Administración tiene los más amplios poderes de revisión de sus actos administrativos cuando se ha intentado un recurso contra el mismo, y además, la Administración puede revocar el acto o modificarlo, no sólo conforme a lo pedido sino también alegando sus propias razones. Sin embargo, no han faltado las discusiones sobre la posibilidad de la Administración de empeorarle la situación al recurrente que intentó el recurso[5].

Por otra parte, la decisión del recurso debe ser plena. Así, conforme al Artículo 89 de la Ley, la decisión debe resolver todos los asuntos que se sometan a la consideración de la Administración, dentro del ámbito de su competencia y también, ésta debe resolver todos los asuntos que surjan con motivo del recurso, aunque no hayan sido alegados por los interesados. Esta norma del Artículo 89 confirma lo que antes señalamos, en el sentido de que la Administración tiene amplios poderes, no sólo para decidir conforme a lo alegado y probado en autos, sino para decidir lo que surja del expediente, aun cuando no haya sido alegado por los interesados.

A. *El órgano competente*

La competencia para decidir los recursos administrativos corresponde a la autoridad competente para tramitarlos o a la autoridad competente ante la cual se interponga el recurso. Si se trata de un recurso de reconsideración, se debe interponer ante la misma autoridad que dictó el acto, a la cual corresponde decidir; si se trata de un recurso jerárquico o de apelación, es al superior jerárquico a quien le corresponde decidir.

La decisión de los recursos administrativos, por otra parte, corresponde al órgano respectivo conforme a sus propias competencias. Por ello, conforme a la Ley de Honduras:

> *Artículo 136.* No se podrán resolver por delegación, recursos de apelación o revisión contra actos dictados por el propio órgano a quien se ha conferido las facultades delegas.

En otro sentido, la Ley venezolana dispone en esta materia que:

> *Artículo 88*. Ningún órgano podrá resolver, por delegación, los recursos intentados contra sus propias decisiones.

En consecuencia, si se intenta un recurso de alzada o de apelación contra un acto que dictó un funcionario inferior de un Ministerio, por ejemplo, el cual, en principio, debe ser

---

4 Véase en particular, Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas 1964, p. 238 y ss.

5 Sobre la *reformatio in pejus*, véase la jurisprudencia en *Revista de Derecho Público*, N. 2, Caracas 1980, p. 113.

resuelto por el Ministro, no podría admitirse que el Ministro delegue la competencia para decidir los recursos en el propio funcionario que dictó el acto. De lo contrario, el recurso jerárquico se convertiría en un recurso de reconsideración o de reposición.

B. *El plazo para decidir y el silencio administrativo negativo*

En cuanto a los aspectos procedimentales, las leyes de procedimiento administrativo de América Latina, en general, establecen lapsos para que la Administración decida los recursos administrativos, consagrando, en general, el principio del silencio administrativo negativo (art. 60, Código de Colombia; art. 352, Ley General de Costa Rica; art. 91, 94 y 95 Ley de Venezuela; art. 215, Ley del Perú; art. 121, Ley de Uruguay), en caso de no decidirse el recurso en el lapso prescrito.

Por tanto, en materia de recursos administrativos, el silencio administrativo negativo es el principio general, ya que el silencio administrativo positivo, como principio, se establece sólo en materia de peticiones.

En el caso de los recursos gubernativos, por tanto, vencido el lapso que tiene la Administración para decidir sin que se hubiese producido decisión alguna, se entenderá como rechazado el recurso, sin que ello exima a la autoridad administrativa de su obligación de decidir, ni de la responsabilidad por el retraso.

Así lo establece la Ley de Uruguay, al disponer:

> *Artículo 145*. Toda autoridad administrativa está obligada a resolver los recursos administrativos que se interpongan contra sus decisiones, previo los trámites que correspondan para la debida instrucción del asunto, dentro del término de ciento veinte días a contar de la fecha de cumplimiento del último acto que ordene la ley o el reglamento aplicable.

Si no lo hiciere, se entenderá rechazado el recurso administrativo. En ningún caso el vencimiento de los plazos respectivos exime al órgano competente para resolver el recurso de que se trate de su obligación de dictar resolución sobre el mismo.

Por tanto, siempre existe la posibilidad de que la propia Administración resuelva el recurso, a pesar de que se haya producido el rechazo. Sin embargo, se puede plantear la discusión de si una vez intentado el recurso contencioso administrativo contra el silencio presunto, la Administración pierde o no la potestad de decidir.

En el caso de Colombia, puede decirse que, si se perdería, porque ya estaría el juez contencioso administrativo conociendo del caso; en Venezuela, en cambio, no hay norma alguna que regule este supuesto. Sin embargo, hemos sostenido el criterio de que si la Administración dicta un acto, y se recurre contra éste, pero la decisión nunca se dicta sino que se produce el silencio negativo; al intentarse la acción contenciosa administrativa, cuyo objeto será anular el acto, es decir, hacer desaparecer el acto, durante el juicio la Administración puede reconocer el vicio y revocar el acto administrativo. No tendría sentido la tutela judicial efectiva si se obligara al administrado a seguir un juicio cuando se puede lograr el mismo objetivo con el reconocimiento por parte de la Administración del vicio que afecta el acto que dictó. No hay razón alguna para que esto no se haga así, manteniéndose el principio de la tutela judicial efectiva.

C. *El contenido y la globalidad de la decisión*

La fase final del procedimiento de impugnación es la decisión del recurso, respecto de la cual, como se dijo, la Ley venezolana establece que:

Artículo 89. El órgano administrativo deberá resolver todos los asuntos que se sometan a su consideración dentro del ámbito de su competencia o que surjan con motivo de recurso aunque no hayan sido alegados por los interesados.

Por tanto, aparte de los supuestos de decisión tácita denegatoria producto del silencio administrativo negativo, la decisión de los recursos debe ser expresa, y en ella la Administración está obligada a resolver "todas las cuestiones planteadas por los interesados y cuáles se deriven del expediente" (art. 135 de la Ley de Honduras). En igual sentido se establece en el Reglamento de la Comunidad Andina (art. 42); en la Ley del Perú (art. 217), y en la Ley de México (art. 92).

Aquí, de nuevo, se plantea la necesidad de garantizar el derecho a la defensa, pues puede haber procedimientos de recursos donde haya sólo alegatos de las partes, o pueden plantearse, en los mismos, asuntos que no hayan sido alegados por éstas.

Estos asuntos que no hubiesen sido alegados al inicio del recurso, según señala la Ley venezolana, pueden y deben ser decididos, pero no se garantiza expresamente a las partes el derecho a ser oídas. Esto, en cambio, esta regulado expresamente en casi todas las legislaciones. Por ejemplo, en Argentina, antes de decidirse el recurso, la Administración tiene que dar al interesado la oportunidad para que formule sus alegatos sobre los nuevos motivos de impugnación o sobre los otros asuntos que se hayan podido presentar en el transcurso de la tramitación del recurso.

La decisión, por tanto, debe resolver todas las cuestiones de legalidad o conveniencia aducidas por el recurrente y los interesados o que surjan en el curso del procedimiento, y como resultado de ello, el órgano competente para decidir, como lo establece la Ley venezolana, podrá:

Confirmar, modificar o revocar el acto impugnado, así como ordenar la reposición en caso de vicios en el procedimiento, sin perjuicio de la facultad de la administración para convalidar los actos anulables (art. 90 LOPA).

Esta enumeración del contenido variado de las decisiones la repiten casi todas las leyes: la de Honduras (art. 135); la de Brasil (art. 64); la de México (arts. 88 a 93), la de Uruguay (arts. 165 y 167); la de Costa Rica (art. 351); el Código de Colombia (art. 59); y el Reglamento de la Comunidad Andina (art. 42).

En esta materia, también se plantea el tema de la *reformatio in pejus*, es decir, si dictado un acto administrativo y el particular lo recurre, es o no posible que el superior en su decisión empeore la situación del recurrente en sede administrativa, ya que si bien en vía judicial la proscripción de la *reformatio in pejus* es una garantía, no está así establecido en vía administrativa. Por tanto, puede ocurrir que en sede administrativa, una vez dictado un acto o impuesta una multa por una violación ambiental o urbanística, por ejemplo, el funcionario superior pueda constatar que la infracción es más grave de lo que había sido apreciado por el funcionario inferior y que no corresponde, por tanto, la multa impuesta sino otra de mayor cuantía, y eso podría conducir a que se desmejore la condición del recurrente.

El trámite del recurso es un procedimiento que se lleva a cabo en vía administrativa con motivo de la impugnación del acto administrativo. Por tanto, el procedimiento administrativo, en definitiva, no termina con la constitución del acto, pues luego debe iniciarse otra fase que es la de impugnación. En ambas, la Administración debe procurar determinar la verdad de los hechos y aplicar los presupuestos de derecho que se corresponden a esos hechos. Si el funcionario que dictó el acto original se equivocó, en la revisión en vía jerárquica el funcionario superior puede aplicar la medida que sea legalmente adecuada, aún cuando desmejore la condición del particular, distinguiéndose así el procedimiento administrativo del procedimiento judicial, donde sí esta proscrita la *reformatio in peius*.

En todo caso, el artículo 351 de la Ley de Costa Rica es claro al consagrar el principio de la *reformatio in pejus* en sede administrativa, aún cuando en relación con el vicio de nulidad absoluta así:

> 1. Al decidirse el recurso de apelación, se debe resolver sobre su admisibilidad y, de ser admisible, se confirmará, modificará o revocará el acto impugnado. En todo caso:
>
> 2. El recurso podrá ser resuelto aun en perjuicio del recurrente cuando se trate de nulidad absoluta.

El principio contrario en materia sancionatoria, y siguiendo los principios ya señalados de la confianza legítima, lo establece la Ley de Brasil, al prescribir que "de la revisión de un procedimiento no puede resultar el agravamiento de la sanción" (art. 65).

D. *La notificación de la decisión*

Por último, en cuanto a la notificación de la decisión de los recursos administrativos, también en está materia rigen los principios que hemos señalado sobre la notificación de los actos administrativos a los fines del inicio de sus efectos, y a los fines del inicio de los lapsos de impugnación que corresponden contra el acto que resuelva un recurso administrativo o gubernativo, en particular, ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

III. LOS DIVERSOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

De acuerdo a los principios y características generales antes señaladas, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece tres tipos de recursos administrativos: el recurso jerárquico, el recurso de reconsideración y el recurso de revisión. Estos son, por otra parte, los tres clásicos recursos administrativos que admitía el ordenamiento venezolano, y se diferencian, tanto por la autoridad que los decide como por los poderes y motivos para la decisión de los mismos.

El recurso jerárquico, para referirnos al que ha sido más importante y el que ha sido tradicionalmente regulado en el ordenamiento venezolano, es el que se intenta contra un acto administrativo de un funcionario inferior a los efectos de que el superior jerárquico lo revise. Como su nombre lo indica, mediante él, el interesado acude a la jerarquía administrativa, para que el superior pueda revisar los actos del inferior. Por ello, y para utilizar el término procesal se trata de una "apelación administrativa", o recurso de alzada, en definitiva, de una reclamación contra el acto ante el superior jerárquico, establecida ahora con carácter general en el Artículo 95 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Antes de la Ley, sin embargo, por regulaciones aisladas y por la Jurisprudencia, se consideraba que el recurso jerárquico procedía como principio general en materia administrativa, teniendo como fundamento, precisamente, un principio general de organización administrativa, el de la jerarquía, que implica el poder del superior de revisar los actos del inferior.

El segundo de los recursos administrativos que prevé la Ley es el recurso de revisión: también se trata de un recurso que se intenta ante el superior jerárquico, pero en este caso, por motivos muy precisos, derivados de hechos que sobrevengan después que un acto se ha dictado. Tiene semejanza el recurso de revisión con el jerárquico en cuanto a que siempre es el superior jerárquico el que los decide; sin embargo, el recurso de revisión está sometido a unos motivos precisos, regulados en el Artículo 97 de la Ley, y en cambio, el recurso jerárquico puede intentarse por cualquier motivo jurídicamente útil.

El tercer recurso, el de reconsideración, se distingue de los dos anteriores, en que se intenta ante la propia autoridad que dictó el acto, para que lo revise. Por eso se habla de reconsideración: se le pide al funcionario reconsiderar su propia decisión.

Puede decirse, que en general, todas las leyes de procedimiento administrativo de América Latina regulan estos tres tipos de recursos gubernativos o administrativos, como vías formales de petición puestas a disposición de los interesados para solicitar la revisión de los actos administrativos en sede administrativa. La terminología varía de una Ley a la otra, pero coinciden, razón por la cual convencionalmente proponemos la clasificación general en las tres clases de recursos indicadas: el de reconsideración, el jerárquico y el de revisión. Pero antes de analizar cada uno de estos recursos, debemos referirnos a las diversas clasificaciones legales.

1. *Clasificación general*

En todo caso, primer lugar, podrían distinguirse dichos recursos, estableciendo una clasificación general de los recursos administrativos, diferenciando los que serían recursos ordinarios, de los que serían *recursos extraordinarios*.

Como lo regula con precisión la Ley General de Costa Rica:

> *Artículo 343*. Los recursos serán ordinarios o extraordinarios. Serán ordinarios el de revocatoria o reposición y el de apelación. Será extraordinario el de revisión.

En el caso colombiano, por ejemplo, el Código establece un régimen propio del *recurso ordinario* y no regula especialmente algún *recurso extraordinario* de carácter administrativo, como el llamado "recurso de revisión" que sí se encuentra en las demás leyes.

Ahora bien, entre los *recursos ordinarios* que consagran las leyes de procedimiento administrativo latinoamericanas, están los siguientes:

En primer lugar, el *recurso de reconsideración* (Ley venezolana), que también regula la Ley peruana y que se denomina *recurso de reposición* en la Ley de Honduras, en la Ley chilena y en el Código colombiano; o *recurso de revocatoria* según la Ley General de Costa Rica. Se trata del recurso que se ejerce ante la propia autoridad que dictó el acto, para la reconsideración de la decisión, su revocatoria o la reposición del procedimiento para dictar una nueva decisión.

En segundo lugar, el *recurso jerárquico*, clásicamente conocido con esa denominación en casi todas las legislaciones, pero que, en Perú, en Honduras y en Colombia se denomina recurso de apelación. En general, sin embargo, en todas las leyes administrativas se ha superado o rechazado el término de "apelación" para reducirlo a la vía judicial y distinguirlo, así, del recurso jerárquico en sede administrativa. A su vez, en el caso de México, se conoce este recurso como "recurso de revisión". En todo caso, se trata del recurso que se ejerce ante la autoridad jerárquica superior a la que dictó el acto.

Pero además de los recursos ordinarios, en las leyes de procedimiento administrativo se distingue el *recurso de revisión*, que es un *recurso extraordinario*, porque tiene la característica de que se ejerce contra actos administrativos firmes. En cambio, los ordinarios se ejercen contra actos recurribles que, por ello, no han adquirido firmeza. Por esta razón, este recurso de revisión no encuentra regulación en el Código colombiano, el cual sólo establece recursos contra actos administrativos que no sean firmes.

El recurso de revisión, por su carácter extraordinario, requiere de una serie de causales específicas referidas, por ejemplo, a la necesidad de hechos sobrevenidos surgidos con posterioridad a la emisión del acto, y que permiten acudir ante el superior jerárquico para pedir su revisión. El superior jerárquico es, entonces, el llamado a determinar, por ejemplo, si después de emitido el acto se ha dictado una sentencia; se han modificado los presupuestos de hecho del acto administrativo o estos han desaparecido; o han aparecido documentos que no se conocían con anterioridad; es decir, este recurso extraordinario requiere de causales específicas para su procedencia.

2. *El recurso de reconsideración*

El primero de los recursos administrativos es el llamado recurso de reconsideración, de reposición, de revocatoria o de revocación, como vía formal de petición puesta a disposición de los administrados para solicitar de la misma autoridad que adoptó una decisión, que la reconsidere, revise, modifique o revoque.

Se trata del recurso administrativo más común y generalizado, cuya característica fundamental es que pone en funcionamiento el principio de la autotutela de la Administración, porque es el recurso que permite acudir ante "el mismo funcionario que tomó la decisión, para que la aclare, modifique o revoque", como lo dice el Código colombiano (art. 50 CPAC). Por ello, este recurso procede siempre, cualquiera que sea la jerarquía del funcionario que adopte la decisión.

La característica básica del recurso es que se ejerce ante el propio órgano que dictó la decisión. Así está regulado en todas las leyes, pero con terminologías y lapsos de interposición distintos. En el Perú, además, la ley requiere que se sustente "en nueva prueba" (art. 208).

En el caso de la Ley venezolana, esta[6], regulado específicamente en el Artículo 94 de la Ley Orgánica, y en general en los Artículos 85 y siguientes, con el objeto de lograr que el propio funcionario que dictó un acto administrativo reconsidere su decisión y la revise él mismo.

A. *Objeto del recurso*

El recurso de reconsideración procede, como se dijo, sólo contra los actos administrativos de efectos particulares, definitivos y que aún no sean firmes. Así se deduce del Artículo 85 de la Ley Orgánica en concordancia con lo previsto en el Artículo 94 del mismo texto. Además, el acto recurrido puede o no ser un acto que cause estado, ya que el recurso de reconsideración puede intentarse, por ejemplo, contra un acto administrativo que haya agotado la vía administrativa: un acto de un Ministro por ejemplo, como lo regula el Artículo 90 de la Ley Orgánica.

Debe señalarse, en relación al objeto del recurso, que el único caso en el cual la Ley Orgánica excluye el recurso de reconsideración es respecto de los actos administrativos que se dictan como decisión de un recurso de reconsideración. En estos casos, dice el Artículo 94 de la Ley, contra esas decisiones "no puede interponerse de nuevo dicho recurso".

Por otra parte, en el caso de Venezuela, se distingue el recurso de reconsideración según que el acto impugnado agote o no la vía administrativa. Si el acto no agota la vía administrativa, el recurso de reconsideración debe intentarse como paso previo al recurso jerárquico o de apelación (art. 94). Esta es una disposición excepcional entre el conjunto de leyes latinoamericanas, porque en todas las otras no se establece este carácter de agotamiento previo del recurso de reconsideración para acudir al recurso jerárquico. Por ello, la Ley del Perú dispone que "este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación" (art. 208).

---

[6] Sobre el recurso de reconsideración, véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana,* Caracas 1964, p. 260 y ss.; Hildegard Rondón de Sansó, "Estudio Preliminar" en *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos,* EJV, Caracas 1981, p. 26 y ss.

Véase la jurisprudencia pertinente en Allan R. Brewer-Carías, Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo III, Vol. II, Caracas 1976, p. 687 y ss. Véase, además, Doctrina de la Procuraduría General de la República 1966, Caracas 1967, pp. 269-271.

Por otra parte, si el acto administrativo agota la vía administrativa, aun cuando quede abierta la vía contencioso-administrativa, sin embargo, el particular puede ejercer, antes de ir a la vía judicial, el recurso de reconsideración ante la autoridad que agote la vía administrativa, es decir, ante el superior jerárquico en concreto. De igual manera, este recurso está consagrado, en estos términos, en la Ley de Uruguay (art. 142) y en el Reglamento de la Secretaría de la Comunidad Andina (arts. 37 y 44).

B. *La interposición del recurso*

El recurso de reconsideración, conforme al Artículo 94 de la Ley Orgánica debe ser interpuesto en un lapso de 15 días hábiles siguientes a la notificación del acto que se impugna; vencidos estos 15 días sin que se intente el recurso, el acto quedaría firme y no podría ser impugnable. Por tanto, al establecerse un lapso preciso para interponer el recurso, queda sobreentendido que el objeto del recurso, no puede ser un acto firme, sino un acto definitivo no firme.

Por otra parte, el recurso se interpone, conforme al Artículo 94 de la Ley, por ante la misma autoridad que dictó el acto, pues es dicho funcionario quien lo puede reconsiderar. Hay, por tanto, identidad entre la autoridad que recibe al escrito del recurso y la autoridad que lo decide.

C. *La decisión del recurso*

La Ley regula, además los principios relativos a la decisión del recurso: la autoridad decisora, el lapso de decisión, el contenido de la decisión y los poderes del funcionario al resolverlo.

a. *Autoridad decisora*

Como ha quedado dicho, el recurso de reconsideración no sólo debe interponerse ante el funcionario que dictó el acto impugnado, sino que es ese mismo funcionario quien debe decidir el recurso, reconsiderando o ratificando su decisión. Por razones prácticas es que el Artículo 94 de la Ley prescribe que contra el acto de decisión de un recurso de reconsideración no puede intentarse de nuevo dicho recurso, pues tratándose del mismo funcionario es difícil pensar en el éxito de una segunda pretensión de reconsideración.

b. *Lapso de decisión*

La Ley, por otra parte, impone al funcionario la obligación de decidir en un lapso determinado, lo que se configura como garantía al derecho constitucional de obtener oportuna respuesta de las peticiones administrativas. A tal efecto, se prevén diversos lapsos según que el acto impugnado ponga o no fin a la vía administrativa.

a'. *Cuando el acto no causa estado*

En efecto, si se trata de un acto administrativo que no pone fin a la vía administrativa, es decir, que no causa estado, el funcionario debe resolver el recurso de reconsideración en un lapso de 15 días hábiles siguientes al recibo del mismo, conforme lo exige el Artículo 94.

En estos casos, por tanto, si se trata de un acto administrativo dictado por un funcionario inferior y que no agota la vía administrativa, la decisión debe producirse en un lapso de 15 días hábiles siguientes al recibo del escrito del recurso.

b'. *Cuando el acto emana de un Ministro*

El lapso de decisión, por otra parte, es diferente cuando el acto pone fin a la vía administrativa. Normalmente, la vía administrativa finaliza a nivel del superior jerárquico; y en

la Administración Central, normalmente en el Ministro. En estos casos se aplica el Artículo 91 de la Ley, que prescribe que el recurso de reconsideración, cuando quien deba decidir el recurso es el propio Ministro, por que sea un acto del Ministro el que se pide reconsiderar, deberá ser decidido en un lapso de 90 días hábiles siguientes a su presentación.

Por tanto, si el acto pone fin a la vía administrativa a nivel del Ministro, el lapso de decisión es de 90 días hábiles.

c'. *Cuando el acto causa estado a nivel inferior*

Habría que distinguir, además, un tercer supuesto de actos administrativos que ponen fin a la vía administrativa, pero en un nivel inferior en la jerarquía administrativa. La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no regula este supuesto, por lo que entre los dos lapsos que regula para la decisión, el de 90 días hábiles y el de 15 días hábiles, debe optarse por el que beneficie más al particular; y ¿cuál es el lapso que beneficia más al particular? Sin duda el de 15 días hábiles. Por tanto, si el acto administrativo no pone fin a la vía administrativa al nivel del Ministro, pero sí le pone fin a un nivel inferior, el lapso de decisión, aplicando analógicamente el Artículo 94, sería el de 15 días hábiles contados a partir del recibo del recurso.

c. *El contenido de la decisión*

La decisión del recurso de reconsideración, en principio, debe ser expresa y ha de dictarse conforme a lo exigido en los Artículos 89 y 90 de la Ley Orgánica. Sin embargo, la Ley Orgánica, en beneficio de la defensa del interesado, establece la presunción de decisión tácita del recurso en caso de silencio administrativo. Por ello, veamos estos dos supuestos separadamente.

a'. *La decisión tácita como consecuencia del silencio administrativo*

Si el recurso de reconsideración no se decide en los lapsos prescritos conforme a lo previsto en el Artículo 4º de la Ley Orgánica, se considera que ha sido resuelto negativamente y el interesado puede intentar el recurso siguiente. Con ello resulta que si no se decide el recurso de reconsideración en los 15 días hábiles o 90 días hábiles, según los casos, se estima que hay una resolución negativa tácita, y en ese supuesto, puede el interesado interponer el recurso siguiente correspondiente.

Si se trata de un acto que no pone fin a la vía administrativa, es decir, dictado por un inferior en la jerarquía, el recurso que procede es el recurso jerárquico, para poner fin a la vía administrativa. Pero si es un acto que pone fin a la vía administrativa, sea a nivel de Ministro o a nivel inferior en los casos establecidos en la Ley, el recurso que procede sería el recurso contencioso-administrativo conforme a lo prescrito en el Artículo 93 de la Ley Orgánica y lo establecido en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Pero por supuesto, aquí también tiene su vigencia el Artículo 92 de la Ley Orgánica que señala que ese recurso contencioso-administrativo, no puede intentarse, mientras no se produzca la decisión respectiva en el recurso de reconsideración interpuesto, o venza el plazo que tenga la Administración para decidir; es decir, intentando un recurso de reconsideración, no puede acudirse a la vía contencioso-administrativa sin que la Administración decida el recurso o transcurra el lapso para decidirlo. Por tanto, si el interesado opta por intentar el recurso de reconsideración, debe esperar que el Ministro decida o transcurra el lapso, y luego, si el lapso se vence y no hay decisión, puede intentar el recurso contencioso-administrativo.

b'. *La decisión expresa*

Fuera del caso del silencio administrativo, como todo acto administrativo, la decisión del recurso de reconsideración debe ser expresa, y debe versar, de acuerdo al Artículo 89

de la Ley Orgánica, tanto sobre los asuntos que se le sometan a la Administración por el interesado, como sobre todos los asuntos que surjan con motivo del recurso, aun cuando no hayan sido alegados por los interesados. Es el principio de la plenitud de la decisión.

Por otra parte, de acuerdo al Artículo 90, el poder de la autoridad al reconsiderar su acto es amplio: puede confirmar su acto; puede modificarlo en el sentido pedido o en cualquier otro sentido que estime conveniente; puede revocar el acto impugnado; puede también, si encuentra que hay un vicio del procedimiento, reponer el procedimiento al estado en que se reinicie algún trámite; y por último, si lo que se alegó fue un vicio de nulidad relativa, puede, simplemente, convalidar el acto, siempre que ello sea posible dada la naturaleza del vicio.

D. *Efectos del recurso*

El recurso de reconsideración puede decirse que tiene tres efectos fundamentales. En primer lugar, intentado un recurso de reconsideración y decidido el recurso, de acuerdo al Artículo 94 de la Ley Orgánica no puede intentarse un nuevo recurso de reconsideración, con lo cual la Ley pone fin a la posibilidad de una cadena interminable de reconsideraciones. Por ejemplo, si un Ministro dicta una decisión y el interesado le pide reconsideración y el Ministro la niega, no puede volverse a pedir al Ministro reconsideración de su decisión.

En segundo lugar, otro efecto del recurso de reconsideración es que una vez que éste se intenta y se opta por esa vía, mientras no se decida el recurso o transcurra el lapso para decidir, no puede el interesado acudir a la vía contencioso-administrativa.

En tercer lugar, y este es quizás el efecto más importante, es que el recurso de reconsideración contra los actos administrativos que no ponen fin a la vía administrativa, es decir, que son dictados por un inferior jerárquico, constituye un requisito previo, de acuerdo a la Ley, para intentar el recurso jerárquico ante el superior. Por tanto, este efecto impide que contra un acto que no cause estado y que no pone fin a la vía administrativa, el interesado pueda agotarla directamente ante el superior por vía de recurso jerárquico.

En efecto, el Artículo 95 de la Ley Orgánica exige que previamente al recurso jerárquico deba agotarse el recurso de reconsideración, y sólo cuando éste se decida o cuando transcurra el lapso de decisión sin decidirse, es que puede acudirse a la vía jerárquica, e interponerse el recurso jerárquico. Esta innovación de la Ley Orgánica, en relación a la situación anterior y a todos los proyectos de ley elaborados, sin duda, resulta inconveniente y contraria al principio de celeridad previsto en el Artículo 30 de la Ley.

3. *El recurso jerárquico*

El otro recurso administrativo de carácter ordinario es el recurso jerárquico[7], llamado también "recurso de apelación" en Colombia, Perú y Honduras y "recurso de alzada" en Costa Rica. Se trata del recurso que se intenta ante el superior jerárquico de la organización a la cual pertenece el autor del acto administrativo atacado, a los efectos de obtener su aclaratoria, revisión o revocación.

---

[7] Sobre el recurso jerárquico, en particular, véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana,* Caracas 1964, p. 246 y ss.

En cuanto a la jurisprudencia, véase en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo,* Tomo III, Vol. II, Caracas 1976, p. 652 y ss.; y en Mary Ramos Fernández, "Jurisprudencia Administrativa y Constitucional" en *Revista de Derecho Público,* Nº 1, Caracas 1980, p. 114. Véase, además, la *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1973,* Caracas 1974, p. 267 y ss.

En algunos países, como en el Perú, la Ley exige que el recurso se intente por ante la misma autoridad que expidió el acto para que lo eleve ante el superior jerárquico, y además, que "se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho" (art. 209).

En todo caso, con este recurso se ponen en marcha los poderes de dirección, revisión y control del superior jerárquico, y las propias relaciones de jerarquía entre los órganos administrativos.

Por tanto, para que proceda el recurso jerárquico tiene que existir relación jerárquica, y si el principio de la jerarquía no tiene vigencia como consecuencia de desviaciones formales de la competencia, no puede intentarse el recurso jerárquico.

Por eso, este recurso no procede cuando ha habido un proceso de descentralización o desconcentración administrativa, los cuales tienen por efecto poner fin a la vía administrativa en determinados niveles de la organización administrativa, distintos al del superior jerárquico. Esto sucede, por ejemplo, en las relaciones entre la Administración descentralizada con los órganos de la Administración central, por lo que en principio este recurso se excluye en los casos de relaciones interorgánicas de tutela. Por ello, en el Código colombiano se excluye la apelación o el recurso jerárquico contra las:

Decisiones de los ministros, jefes de departamento administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas o de las unidades administrativas especiales que tengan personería jurídica (art.50).

Por último, debe agregarse que normalmente el recurso jerárquico intentado ante el superior jerárquico de la organización, tiene como resultado poner fin a la vía administrativa, por lo que al decidirse o no en un lapso de tiempo, deja abierta la vía contencioso-administrativa.

A. *La interposición del recurso*

a. *Requisitos*

Tal como hemos señalado, el recurso jerárquico procede, sólo, cuando ya se ha intentado un recurso de reconsideración. Por ello, expresamente el Artículo 95 de la Ley Orgánica establece que el recurso jerárquico procederá cuando el órgano inferior decida no modificar el acto del cual es autor, en la forma solicitada en el recurso de reconsideración. Por tanto, el recurso jerárquico sólo puede intentarse contra el acto del inferior, cuando éste decida no modificar su acto, una vez que se le ha solicitado la reconsideración del mismo. Por supuesto, también procede el recurso jerárquico, cuando ha transcurrido el lapso de decisión previsto de 15 a 90 días hábiles, según los casos, y no ha habido decisión en vía de reconsideración, en cuyo caso se estima que ha sido negada la reconsideración por el silencio, conforme al Artículo 4º de la Ley.

Esta exigencia del recurso de reconsideración previo al jerárquico, obligatoriamente, no estaba en ninguno de los proyectos que dieron origen a la Ley, y no tiene justificación alguna, pues como se dijo, es contraria a la celeridad que requiere el procedimiento administrativo.

En todo caso, aparentemente, el único supuesto en el cual puede intentarse directamente un recurso jerárquico es el previsto en el Artículo 50 de la Ley Orgánica en los casos en que se objete la solicitud de un particular por errores u omisiones de la misma.

b. *Lapso de interposición*

De acuerdo a la Ley Orgánica, el interesado debe intentar el recurso jerárquico dentro de los 15 días hábiles siguientes a la decisión del recurso de reconsideración, o al transcurso del lapso previsto legalmente para que se decidiera la reconsideración.

c. *Autoridad*

El recurso jerárquico puede interponerse directamente ante el Ministro o ante el superior jerárquico del organismo respectivo. Así lo establece el Artículo 95 de la Ley. Por tanto, si el interesado pidió reconsideración ante el inferior y el funcionario no reconsideró su decisión o no decidió en el lapso prescrito, el interesado puede ir directamente ante el Ministro a interponer su recurso jerárquico en el lapso de 15 días hábiles siguientes a la decisión del recurso de reconsideración o al vencimiento del lapso. No es necesario interponerlo por ante el funcionario inferior, aun cuando la redacción del artículo puede dar pie a que ello pueda hacerse.

Ahora bien, el Artículo 95 de la Ley Orgánica señala sólo el caso de recursos jerárquicos interpuestos en una jerarquía ministerial, los cuales deben ser introducidos por ante el Ministro, como superior jerárquico. La excepción a este principio, que es el general, se encuentra en la regulación, muy inconveniente por lo demás, de Venezuela, la cual, respecto de los institutos autónomos, que son órganos descentralizados, sin embargo, previó la necesidad de un recurso jerárquico, que no es propiamente jerárquico, sino que es un recurso de alzada[8], "ante el respectivo Ministro de adscripción" (art. 96).

Con esta norma de la Ley Orgánica, por tanto, se hacía interminable el camino para acceder a la justicia y se distorsionaba la desviación de la competencia que se ha producido, precisamente con motivo de la descentralización funcional. Esta es una regulación que no tiene antecedentes en el derecho comparado, y viola, incluso, el principio de la doble instancia. En este caso en realidad, se está rompiendo el principio de la descentralización y lesionando la autonomía. No hay que olvidar que el control propio de la descentralización, es el control de tutela, pero en este caso la Ley mezcla el control de tutela con el control jerárquico, porque se atribuye al Ministro de adscripción este control jerárquico respecto a un Instituto Autónomo. Con esta previsión, la Ley Orgánica modifica radicalmente la situación anterior, conforme a la cual no podía intentarse ningún recurso jerárquico contra una decisión de un Instituto Autónomo para ante un Ministro de adscripción, salvo en los casos en los cuales excepcionalmente la Ley lo regulaba, y sólo había muy pocos casos. Con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, se invirtió totalmente el principio y como principio general, se previó que todo acto del superior jerárquico de un Instituto Autónomo, es recurrible por vía jerárquica ante el Ministro, salvo que la Ley expresamente lo excluya, lo cual no sucede en ningún caso.

B. *Objeto del recurso*

El acto recurrible en vía jerárquica debe también ser un acto definitivo, que ponga fin al asunto, pero más que acto definitivo, tiene que ser un acto que decida no modificar un acto anterior, cuanto ha sido pedida la reconsideración, es decir, realmente, es contra la negativa del funcionario a reconsiderar su propio acto definitivo, contra el cual procede el recurso jerárquico conforme lo regula el Artículo 85 de la Ley.

---

[8] En relación al recurso jerárquico contra las decisiones de los órganos superiores de los institutos autónomos para ante los Ministerios de Adscripción, véase Jesús Caballero Ortiz, "El recurso jerárquico impropio" en el libro del Instituto de Derecho Público, *El Procedimiento Administrativo* (en prensa), Tomo IV, del *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración,* Caracas 1982.

C. *La decisión del recurso*

a. *Autoridad decisora*

Hemos señalado que el recurso jerárquico se intenta directamente para ante el superior jerárquico del organismo respectivo, es decir, el Ministro en los ministerios, y por tanto, es el Ministro quien debe decidir el recurso. Si se intenta contra un acto de un inferior de un Instituto Autónomo, se interpone ante el órgano superior del Instituto Autónomo, y es éste quien debe decidir. En esta forma, la Ley elimina la cadena de recursos a lo largo de la jerarquía, y contra la decisión de un funcionario que en cualquier nivel niegue la reconsideración, se puede intentar el recurso jerárquico directamente ante el Ministro o el superior jerárquico del Instituto. Por tanto, quien debe decidir el recurso jerárquico, es quien tiene la superior jerarquía del organismo respectivo. En este punto, debe hacerse mención a la regulación expresa que trae el Artículo 88 de la Ley Orgánica, de que no se pueden resolver, por delegación, los recursos intentados contra las propias decisiones de quien va a resolverlo. Por ejemplo, si se trata de un Director General de un Ministerio quien toma una decisión y se le pide reconsideración y la niega; contra esa decisión del Director General puede acudirse por vía jerárquica ante el Ministro. Pero si el Ministro ha delegado sus funciones en el Director General, éste no puede resolver, por delegación, el recurso jerárquico intentado contra su propia decisión. En este caso hay una prohibición expresa de la Ley, por lo que aun cuando haya delegación, el Ministro debe decidir el recurso, como tal superior jerárquico, de acuerdo al Artículo 88 de la Ley.

b. *Lapso de decisión*

Tratándose de una decisión del Ministro, conforme a lo previsto en el Artículo 91 de la Ley Orgánica, el lapso para decidirlo es de 90 días hábiles siguientes a la presentación del recurso. Por supuesto, si se trata de un recurso contra un acto de un órgano inferior de un Instituto Autónomo interpuesto ante el superior del mismo, en ausencia de una previsión expresa de lapso, tiene que aplicarse, por vía analógica, el mismo lapso de los 90 días hábiles para la decisión del recurso. Por otra parte, existiendo un lapso para la decisión, si no se decide el recurso dentro de los 90 días hábiles mencionados, en el caso de que sea un Ministro quien deba decidir, se aplica el Artículo 4° de la Ley Orgánica y queda abierta la vía contencioso-administrativa conforme a lo establecido en el Artículo 93 de la misma. Sin embargo, si se trata de una decisión que debe adoptar el superior jerárquico de un Instituto Autónomo, y no lo hace en el plazo señalado, conforme a lo establecido en el Artículo 96 de la Ley Orgánica, lo que queda abierta es la posibilidad de intentar un nuevo recurso jerárquico para ante el respectivo Ministro de adscripción.

c. *Contenido de la decisión*

En cuanto al contenido de la decisión del recurso jerárquico rigen los comentados Artículos 89 y 90 de la Ley. En efecto, el superior jerárquico debe resolver así mismo, todos los asuntos que surjan con motivo del recurso, aun cuando no hayan sido alegados por el interesado. En estos casos, también de acuerdo al Artículo 90, el superior jerárquico tiene poder para confirmar, modificar o revocar el acto impugnado, así como para ordenar la reposición del procedimiento, si se trata de vicio de procedimiento y también para convalidar el acto del inferior, si se estima que adolece solo de un vicio de nulidad relativa que puede ser subsanado.

D. *Efectos del recurso*

El efecto fundamental del recurso jerárquico es el de agotar la vía administrativa, por la decisión del Ministro. Así, la vía normal para agotar la vía administrativa, es el recurso

jerárquico. Ahora bien, agotada esta vía, conforme a lo consagrado por el Artículo 93 de la Ley, queda abierta la vía contencioso-administrativa por ante los Tribunales Contenciosos-Administrativos con la advertencia de que, para interponer los recursos contencioso-administrativos, uno de los requisitos procesales es, precisamente, el agotamiento de la vía administrativa.

4. *El recurso de revisión*

A. *El carácter extraordinario del recurso de revisión: los motivos del recurso*

El recurso administrativo que puede considerarse como de carácter extraordinario, es el denominado recurso de revisión[9], el cual, a pesar de que se intenta ante el superior jerárquico, se distingue del recurso jerárquico, en primer lugar, porque se intenta contra un acto firme, es decir, contra un acto que ya es irrecurrible, porque ya fue objeto, o lo pudo haber sido, de los recursos administrativos ordinarios. Como consecuencia de ello, en segundo lugar, este recurso de revisión se distingue del recurso jerárquico porque sólo puede intentarse con fundamento en unas causales que las leyes prevén, como es el caso de Costa Rica, Argentina, Chile, Honduras y Venezuela. En el caso del Perú, sin embargo, el recurso de revisión, aún cuando también es de carácter extraordinario, lo que lo caracteriza es que lo decide una tercera instancia de competencia nacional, si las dos instancias anteriores fueron resueltas por autoridades que no son de competencia nacional (art. 210).

Por ejemplo, en la Ley venezolana (art. 97) este recurso de revisión contra los actos administrativos firmes puede intentarse ante el Ministro respectivo, en los siguientes casos:

Primero, cuando hubieren aparecido pruebas esenciales para la resolución del asunto, no disponibles para la época de la tramitación del expediente. Por ejemplo, si un expediente, se tramitó y resolvió habiendo quedado el acto firme y luego, posteriormente, aparecen pruebas esenciales que no se tuvieron en cuenta, puede revisarse el acto a través de este recurso.

En segundo lugar, cuando en la resolución objeto del recurso de revisión hubieren influido en forma decisiva, documentos o testimonios que fueron declarados posteriormente falsos por sentencia judicial definitivamente firme. Por ejemplo, si una declaración de herencia se hizo en base a un testamento y con fundamento en ella se dictó la liquidación de la herencia para el pago, por los sucesores, del Impuesto Sucesoral, y luego, por sentencia firme, se declara la nulidad del testamento, por supuesto, que habría derecho a solicitar la revisión del acto de impugnación.

La tercera causal del recurso de revisión se produce cuando la resolución cuya revisión se pide, hubiese sido adoptada por cohecho, violencia, soborno u otra manifestación fraudulenta, y ello hubiese quedado establecido en sentencia judicial definitivamente firme. En este caso se requiere que haya una sentencia judicial posterior que pruebe que hubo un delito o violencia, es decir, un vicio en la voluntad.

Es decir, en la base de estas causales están hechos o actos sobrevenidos que, de haberse conocido en su momento, hubieren cambiado radicalmente las circunstancias o los elementos de hecho y de derecho que dieron origen al acto.

En el mismo sentido, el artículo 22 de la Ley argentina señala que puede disponerse en sede administrativa la revisión de un acto firme:

---

[9] Sobre el recurso de revisión, en particular, véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana,* Caracas 1964, p. 264 y ss.; Gilberto Mejías, “El hecho desconocido o sobreviniente como requisito para la procedencia del recurso de revisión”, en *Revista de Control Fiscal,* Nº 97, Caracas 1980, pp. 159-186.

a) Cuando resultaren contradicciones en la parte dispositiva, háyase pedido o no su aclaración;

b) Cuando después de dictado se recobraren o descubrieren documentos decisivos cuya existencia se ignoraba o no se pudieron presentar como prueba por fuerza mayor o por obra de tercero;

c) Cuando hubiere sido dictado basándose en documentos cuya declaración de falsedad se desconocía o se hubiere declarado después de emanado el acto;

d) Cuando hubiere sido dictado mediando cohecho, prevaricato, violencia o cualquier otra maquinación fraudulenta o grave irregularidad comprobada.

En el mismo sentido se expresa la Ley General de Costa Rica (art. 353), donde se establece que podrá interponerse recurso de revisión ante el jerarca de la respectiva Administración contra aquellos actos finales firmes en que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando al dictarlos se hubiere incurrido en manifiesto error de hecho que aparezca de los propios documentos incorporados al expediente;

b) Cuando aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto, ignorados al dictarse la resolución o de imposible aportación entonces al expediente;

c) Cuando en el acto hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme anterior o posterior del acto, siempre que, en el primer caso, el interesado desconociera la declaración de falsedad; y

d) Cuando el acto se hubiera dictado como consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial.

Por su parte, en la Ley de Honduras se establece (art. 141), que contra las resoluciones firmes puede interponerse recurso extraordinario de revisión cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que el acto se hubiese dictado con evidente y manifiesto error de hecho, que afecte a la cuestión de fondo, siempre que dicho error resulte plenamente demostrado de los documentos incorporados al expediente;

b) Que después de adoptada la resolución aparezcan documentos decisivos ignorados por fuerza mayor al dictarse la resolución o de imposible aportación entonces al expediente;

c) Que la resolución hubiera recaído en virtud de documento que al tiempo de adoptarse aquélla ignorase alguno de los interesados haber sido reconocido y declarado falso en sentencia judicial firme, o cuya falsedad se reconociese o declarase después;

ch) Que habiéndose adoptado la resolución en virtud de prueba testifical fuesen los testigos condenados en sentencia judicial firme por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvió a aquélla de fundamento; y,

d) Que la resolución se hubiese dictado con prevaricación, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, y se haya declarado así por sentencia judicial firme.

Por su parte, en el artículo 60 de la Ley 19880 de Chile, se establece que contra de los actos administrativos firmes puede interponerse el recurso de revisión ante el superior jerárquico, si lo hubiere o, en su defecto, ante la autoridad que lo hubiere dictado, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias.

> a) Que la resolución se hubiere dictado sin el debido emplazamiento;
>
> b) Que, al dictarlo, se hubiere incurrido en manifiesto error de hecho y que éste haya sido determinante para la decisión adoptada, o que aparecieren documentos de valor esencial para la resolución del asunto, ignorados al dictarse el acto o que no haya sido posible acompañarlos al expediente administrativo en aquel momento;
>
> c) Que por sentencia ejecutoriada se haya declarado que el acto se dictó como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, y
>
> d) Que en la resolución hayan influido de modo esencial documentos o testimonios declarados falsos por sentencia ejecutoriada posterior a aquella resolución, o que siendo anterior, no hubiese sido conocida oportunamente por el interesado.

En todos estos casos se trata de un recurso para que la Administración pueda revisar actos firmes y, por tanto, inimpugnables por la vía de los recursos ordinarios.

B. *Objeto del recurso*

De lo anterior resulta, por tanto, que el recurso de revisión sólo procede contra un acto administrativo firme y esto lo distingue de los recursos de reconsideración y jerárquico. En éstos, al estar previsto un lapso de interposición, proceden, precisamente contra actos que no sean firmes, porque no se ha vencido el lapso de impugnación. En cambio, en el caso del recurso de revisión, el objeto del recurso, normalmente, es un acto firme, es decir, no impugnable por vía de otro recurso, porque se han vencido los lapsos para impugnarlo.

Por otra parte, es precisamente porque se trata de recursos intentados contra actos firmes, que se establecen unos motivos específicos de apertura del recurso, como los que se han indicado y que evidencian el carácter extraordinario del recurso.

C. *Interposición*

La interposición de estos recursos de revisión, como lo dice el Artículo 97 de la ley Orgánica, se hace directamente ante el Ministro. En cuanto al lapso de interposición, aun cuando se trate de acto firme, se precisa en el Artículo 98 de la Ley Orgánica. En esta norma se establece que sólo procede este recurso de revisión dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la sentencia, que establezca la manifestación fraudulenta o la falsedad de los documentos, conforme a lo previsto en los ordinales 2 y 3 del Artículo 97; o dentro de los tres meses siguientes a la fecha de haberse tenido noticia de la existencia de las pruebas esenciales que aparecen después de tramitado el asunto, de acuerdo al ordinal 1º del mismo Artículo.

D. *La decisión*

En cuanto a la decisión del recurso de revisión debe indicarse que dicho recurso lo decide el mismo funcionario que lo recibe, esto es, el Ministro. Hemos dicho que el recurso se interpone ante el Ministro y es el Ministro quien debe decidirlo como superior jerárquico, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 97 de la Ley. En cuanto al lapso para decidir el recurso, en este caso se trata de un lapso especial de 30 días hábiles siguientes a la fecha de la presentación del recurso. Si el Ministro no decide la revisión solicitada en los 30 días, opera el silencio administrativo previsto en el Artículo 4º de la Ley, y por tanto, queda

abierta la vía contencioso-administrativa, de acuerdo al Artículo 93 de la Ley. Como se trata de una decisión del Ministro de carácter tácito, agota la vía administrativa y queda abierta la vía contenciosa.

En este caso, también, los poderes del Ministro como órgano decisor, están regulados por el Artículo 89 de la Ley, que exige que resuelva no sólo los problemas planteados por quien solicita la revisión, sino cualquier otro asunto que surja con motivo del recurso, aún cuando no haya sido alegado por los interesados.

5. *El recurso de reclamo*

Además de estos tres recursos que establece la Ley como medios de impugnación formal administrativa contra los actos administrativos, podría agregarse un cuarto recurso administrativo, aun cuando no para la impugnación de actos administrativos. Se trata, en efecto, de una reclamación contra omisiones, retardos e incumplimientos de los funcionarios, y es el recurso de reclamo que prevé el Artículo 3 de la Ley. Esta norma, en efecto, permite a los interesados reclamar ante el superior jerárquico inmediato (no se trata del superior jerárquico absoluto del organismo), contra el retardo, omisión, distorsión o incumplimiento de cualquier procedimiento, trámite o plazos, en que pudieran haber incurrido funcionarios públicos. En este caso, en realidad, se trata de un recurso de queja que permite reclamar ante el superior; y lo calificamos de recurso pues no se trata simplemente de la posibilidad de queja que cualquiera tiene en relación a cualquier organismo, sino que está sometido en el Artículo 3, a una serie de requisitos. En efecto, ese recurso se intenta ante el superior inmediato, por escrito, que debe ser razonado, donde el particular debe indicar qué es lo que se omitió o cuál fue el retardo o el incumplimiento, y ese recurso de reclamo debe ser resuelto dentro de los 15 días hábiles siguientes a su recepción. Este recurso de reclamo no tiene carácter suspensivo, como todo recurso, pues expresamente establece la norma que la reclamación no acarrea la paralización del procedimiento, ni obstaculizará la posibilidad de que sean subsanadas las fallas o las omisiones.

Por otra parte, tiene unos efectos determinados: el superior inmediato puede subsanar las faltas del inferior y debe tramitar el procedimiento a los efectos de que el superior jerárquico del organismo, si encuentra que el reclamo es fundado, conforme al Artículo 103 de la ley, imponga al funcionario infractor o a los infractores, las sanciones previstas en el Artículo 100, sin perjuicio de exigir las demás responsabilidades que establezca la Ley.

IV. EL RÉGIMEN GENERAL DEL TRATAMIENTO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LAS LEYES LATINOAMERICANAS

Todas las leyes de procedimiento administrativo de América latina, puede decirse que contienen regulaciones, vinculadas al principio de celeridad, en relación con el silencio administrativo y sus efectos, a pesar de la obligación que siempre tiene la Administración de decidir en un plazo determinado.

1. *La obligación de decidir y los efectos de su incumplimiento*

En efecto, objetivo final de todo procedimiento administrativo es la producción de un acto administrativo, es decir, la adopción de una decisión por parte de la Administración. A tal efecto, iniciado un procedimiento administrativo, particularmente a instancia de parte o cuando en él tengan interés los administrados, la Administración está obligada a decidir. En otras palabras, la Administración no es libre de decidir, constituyendo esta obligación, la contrapartida del derecho de petición que también conlleva el derecho a obtener oportuna respuesta.

Conforme a ello, iniciado un procedimiento administrativo producto o no del ejercicio de un derecho de petición, la Administración está obligada a desarrollarlo de oficio y, en definitiva, a adoptar la decisión correspondiente. Por supuesto, si se trata de un procedimiento iniciado mediante el ejercicio del derecho de petición, éste conlleva también el derecho a obtener oportuna respuesta. Por eso la Ley de Venezuela exige de las autoridades administrativas, el que "deberán resolver las instancias o peticiones que se les dirijan o bien declarar, en su caso, los motivos que tuvieren para no hacerlo" (art. 2).

La Ley del Perú reafirma esta obligación de decidir que tienen los funcionarios, incluso, cuando exista deficiencia de las fuentes, al disponer que las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia aquéllas, debiendo, en tales casos, acudir a los principios del procedimiento administrativo previstos en la Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad (art. VIII).

Sin embargo, es bien conocida la actitud tradicional de la Administración, en muchos casos, de simplemente no decidir determinados asuntos, lo que exigió del legislador, en regulaciones aisladas, el establecer un efecto generalmente negativo o de rechazo al silencio de la Administración en un lapso determinado, configurándose una decisión implícita susceptible de recurso ante el contencioso-administrativo. Este régimen legislativo llevó a la jurisprudencia a identificar al silencio administrativo como un principio general del procedimiento con el objeto de garantizar la situación de los administrados frente a la inacción administrativa, otorgándole efectos jurídicos generalmente negativos.

Conforme a este principio del silencio de la Administración, cuando ésta tiene legalmente prescrito un lapso para decidir, aquél debe ser considerado como equivalente a una decisión implícita de rechazo o de aceptación, a los efectos de permitir al administrado acudir a la vía contencioso-administrativa. Tal principio lo regula expresamente, por ejemplo, la Ley del Perú, al establecer ambos tipos de silencio administrativo y los tipos de procedimientos en los que se producen (arts. 33 y 34).

En todo caso, puede decirse que uno de los aspectos de mayor interés en la codificación del procedimiento administrativo en América Latina ha sido, precisamente, el establecimiento de reglas generales tendientes a garantizar la situación de los administrados frente al silencio de la Administración, entre las cuales están tanto el principio del silencio negativo como del silencio positivo, y la posibilidad de acudir a la vía contencioso-administrativa contra la carencia de la Administración.

En estos casos, la Administración está obligada a decidir, pues el silencio se establece en beneficio del particular para poder recurrir, lo que no exime a la Administración de su obligación de decidir. De manera que el principio general es que el funcionario de la Administración sigue obligado a tomar una decisión, quedando comprometida su responsabilidad por la demora en que incurra. Así lo regulan expresamente las legislaciones (art. 4°, Ley de Venezuela; art. 239, Ley de Costa Rica; y art. 48, Ley de Brasil).

En todo caso, lo importante de las regulaciones legislativas relativas al silencio negativo, es que el principio de la decisión tácita se establece en beneficio exclusivo de los administrados como garantía a sus derechos de protección, por lo cual, el recurrir contra el acto tácito no es una carga impuesta a los interesados, los cuales en todo caso pueden esperar la decisión expresa.

La situación general de estos principios los resume la Ley del Perú, al regular expresamente los efectos del silencio administrativo, así: en cuanto a los procedimientos administrativos sujetos a silencio administrativo positivo, estos quedan automáticamente aprobados en los términos en que fueron solicitados si transcurrido el plazo establecido, la enti-

dad no hubiera comunicado al administrado el pronunciamiento (art. 188,1). En estos casos, el silencio administrativo tiene para todos los efectos el carácter de resolución que pone fin al procedimiento, sin perjuicio de la potestad de nulidad de oficio (art. 188,2).

En cuanto al silencio administrativo negativo, éste tiene por efecto habilitar al administrado para la interposición de los recursos administrativos y acciones judiciales pertinentes (art. 188,3). Sin embargo, en estos casos, aun cuando opere el silencio administrativo negativo, la administración mantiene la obligación de resolver, bajo responsabilidad, hasta que se le notifique que el asunto ha sido sometido a conocimiento de una autoridad jurisdiccional o el administrado haya hecho uso de los recursos administrativos respectivos (art. 188,4).

La Ley 19880 de Chile también regula con carácter general el silencio positivo, destinando el silencio negativo por ejemplo a aquellos procedimientos que afecten el patrimonio fiscal (Art. 64 y 65).

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el silencio no es un acto, ni debe considerarse como tal, salvo que la ley disponga lo contrario. Como lo señala la Ley de Costa Rica, el silencio de la administración "no podrá expresar su voluntad salvo ley que disponga lo contrario" (art. 139).

En consecuencia, si hay un derecho a oportuna respuesta, la garantía del derecho es darle efectos al silencio, pero la obligación de responder sigue estando en manos de la Administración.

2. *El silencio administrativo negativo*

El principio general y tradicional de los efectos del silencio de la Administración en los procedimientos administrativos, puede decirse que ha sido el silencio negativo. Así se consagra en casi todas las legislaciones: de Costa Rica (art. 241); de Uruguay; de México (art. 17); de Argentina (art. 10); de Colombia (art. 40) y de Venezuela. En Chile, en cambio, el silencio negativo se establece en forma general respecto de los procedimientos administrativos que puedan afectar el patrimonio fiscal (art. 65).

La Ley del Perú también regula el silencio negativo, estableciendo los siguientes casos en los cuales opera el silencio negativo:

> *34.1.1* Cuando la solicitud verse sobre asuntos de interés público, incidiendo en la salud, medio ambiente, recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa nacional y el patrimonio histórico cultural de la nación.
>
> *34.1.2* Cuando cuestionen otros actos administrativos anteriores, salvo los recursos en el caso del numeral 2 del artículo anterior.
>
> *34.1.3* Cuando sean procedimientos trilaterales y los que generen obligación de dar o hacer a cargo del Estado.
>
> *34.1.4* Los procedimientos de inscripción registral.
>
> *34.1.5* Aquellos a los que, en virtud de la ley expresa, sea aplicable esta modalidad de silencio administrativo.

En todo caso, un ejemplo de su formulación más general está en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Venezuela, que prescribe que:

> *Artículo 4°* En los casos en que un órgano de la Administración Pública no resolviere un asunto o recurso dentro de los correspondientes lapsos, se considerará que ha resuelto negativamente y el interesado podrá intentar el recurso inmediato siguiente, sal-

vo disposición expresa en contrario. Esta disposición no releva a los órganos administrativos, ni a sus personeros, de las responsabilidades que le sean imputables por la omisión o la demora.

En general, pueden distinguirse tres supuestos diferentes de casos de silencio tácito denegatorio:

1) En *primer lugar*, el silencio respecto de la decisión de solicitudes o peticiones que, conforme al Código de Colombia, "transcurrido el plazo de dos meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa" (art. 40). En otras legislaciones, al principio antes indicado se agrega la necesidad de que el interesado ponga en mora a la Administración, conforme a lo cual, sólo después de denunciada la mora es que se puede considerar desestimada la petición, al efecto de deducir, frente a la denegación presunta, el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición. Este principio de la puesta en mora a la Administración, como condición para que se produzca decisión presunta derivada del silencio de la Administración, se establece en la legislación argentina (art. 10).

2) En *segundo lugar*, el silencio tácito denegatorio también se produce por el transcurso del tiempo en los procedimientos que se inician de oficio y que, por tanto, no resultan del ejercicio del derecho de petición. El transcurso del tiempo permitiría el ejercicio del recurso respectivo siempre que, por supuesto, el acto tácito negativo lesione intereses personales, legítimos y directos. Por ejemplo, si un inmueble amenaza ruina y la Administración no resuelve el procedimiento iniciado de oficio para ordenar o no su demolición, los vecinos interesados podrían intentar los recursos respectivos.

En Chile, en particular, el artículo 65 de la Ley 19880 en materia de silencio negativo dispone:

Artículo 65. Silencio Negativo. Se entenderá rechazada una solicitud que no sea resuelta dentro del plazo legal cuando ella afecte el patrimonio fiscal. Lo mismo se aplicará en los casos en que la Administración actúe de oficio, cuando deba pronunciarse sobre impugnaciones o revisiones de actos administrativos o cuando se ejercite por parte de alguna persona el derecho de petición consagrado en el numeral 14 del artículo 19 de la Constitución Política.

En los casos del inciso precedente, el interesado podrá pedir que se certifique que su solicitud no ha sido resuelta dentro de plazo legal. El certificado se otorgará sin más trámite, entendiéndose que desde la fecha en que ha sido expedido empiezan a correr los plazos para interponer los recursos que procedan.

En *tercer lugar*, este silencio puede producirse en materia de ejercicio de recursos administrativos, en el sentido de que si no son resueltos por la Administración en los lapsos prescritos, se presume que la Administración los ha declarado sin lugar, procediendo, entonces, la posibilidad de ejercer, según los casos, el recurso administrativo subsiguiente o el recurso contencioso-administrativo (art. 215, Ley del Perú).

3. *El silencio administrativo positivo*

El principio general en materia de silencio administrativo con efectos positivos, y salvo el caso de la legislación de Costa Rica, del Perú y de Chile, es que debe ser establecido por ley especial, en cada caso. Así lo regula expresamente el Código de Colombia (art. 41), y la Ley de Argentina (art. 10). En otros países, como Venezuela, aún sin previsión en la ley de procedimientos administrativos, en leyes especiales se regula la figura del silencio

positivo en materia de autorizaciones, aprobaciones y permisos, como las relativas a la ordenación del territorio y a la ordenación urbanística, y a la prórroga de concesiones mineras conforme a la Ley de Minas,

En contraste con el régimen del silencio positivo establecido sólo en leyes especiales, la Ley 19880 de Chile lo establece con carácter general y como principio así:

> *Artículo* 64. Silencio Positivo. Transcurrido el plazo legal para resolver acerca de una solicitud que haya originado un procedimiento, sin que la Administración se pronuncie sobre ella, el interesado podrá denunciar el incumplimiento de dicho plazo ante la autoridad que debía resolver el asunto, requiriéndole una decisión acerca de su solicitud. Dicha autoridad deberá otorgar recibo de la denuncia, con expresión de su fecha, y elevar copia de ella a su superior jerárquico dentro del plazo de 2 4 horas.

Si la autoridad que debía resolver el asunto no se pronuncia en el plazo de cinco días contados desde la recepción de la denuncia, la solicitud del interesado se entenderá aceptada.

En los casos del inciso precedente, el interesado podrá pedir que se certifique que su solicitud no ha sido resuelta dentro del plazo legal. Dicho certificado será expedido sin más trámite.

En el caso de la Ley del Perú, su artículo 33 dispone en general los siguientes casos en los cuales se produce el silencio positivo:

> 1. Solicitudes cuya estimación habilite para el ejercicio de derechos preexistentes, salvo que mediante ella se transfiera facultades de la administración pública o que habilite para realizar actividades que se agoten instantáneamente en su ejercicio.
>
> 2. Recursos destinados a cuestionar la desestimación de una solicitud cuando el particular haya optado por la aplicación del silencio administrativo negativo.
>
> 3. Procedimientos en los cuales la trascendencia de la decisión final no puede repercutir directamente en administrados distintos del peticionario, mediante la limitación, perjuicio o afectación a sus intereses o derecho legítimos.
>
> 4. Todos los otros procedimientos a instancia de parte no sujetos al silencio negativo taxativo contemplado en el artículo siguiente, salvo los procedimientos de petición graciable y de consulta que se rigen por su regulación específica.

Por su parte, la Ley General de Costa Rica, en forma excepcional en el derecho comparado, consagra con carácter general la figura del silencio administrativo positivo en los casos de procedimientos autorizatorios.

La Ley de Modernización del Estado de Ecuador, por su parte, establece el principio general de que "en todos los casos, vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta a favor del reclamante" (art. 28).

Estas otras legislaciones (Perú, Honduras y Costa Rica) se establece el silencio positivo como norma general cuando se trata de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en ejercicio de funciones de fiscalización y tutela. En este último sentido, el artículo 330 de la Ley General de Costa Rica, en efecto, establece que:

> 1. El silencio de la Administración se entenderá positivo cuando así se establezca expresamente o cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela.

2. También se entenderá positivo el silencio cuando se trate de solicitudes de permisos, licencias y autorizaciones.

En definitiva, esta norma establece dos supuestos de silencio administrativo positivo: en primer lugar, en las relaciones interorgánicas (internas) de la Administración, cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que, con motivo del ejercicio de funciones de fiscalización y tutela, pongan en relación los órganos superiores con los inferiores dentro de una misma estructura jerárquica o en relación de descentralización funcional. Asimismo, se regula en la Ley de Honduras (art. 29).

Pero, a pesar de que la Ley de Costa Rica no lo precise, debe entenderse que la figura del silencio positivo no puede darse, por ejemplo, respecto de las funciones de fiscalización y control que órganos constitucionales, como la Contraloría General de la República, realizan respecto de los órganos de la Administración Central o Descentralizada.

El segundo supuesto del silencio administrativo positivo consagrado en forma general se refiere a los casos de solicitudes de permisos, licencias y autorizaciones, es decir, a los procedimientos autorizatorios, en los cuales, precisamente, las leyes especiales en otros países generalmente los regulan. Este principio es muy similar al previsto en la ley especial que rige en Venezuela para las autorizaciones sobre la ocupación del suelo o en materia de urbanismo.

Pero, en el caso del Perú y de Costa Rica, se trata de un principio general muy novedoso ya que no es frecuente que las legislaciones establezcan este principio general del silencio positivo en materia de uno de los procedimientos generales fundamentales administrativos, como lo es el procedimiento autorizatorio para la obtención de licencias, permisos y autorizaciones de la Administración.

La Ley de Costa Rica no regula, sin embargo, la forma práctica de eficacia del acto tácito positivo, lo cual sí se precisa en el Código de Colombia, al prescribir que "la persona que se hallare en las condiciones previstas en las disposiciones legales que establecen el beneficio del silencio administrativo positivo, protocolizará la constancia o copia de la petición, junto con su declaración jurada de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto". En esta forma, la escritura y sus copias producirán todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió, y es deber de todas las personas y autoridades reconocerla así (art. 42).

En todo caso, tratándose de un acto administrativo tácito declarativo de derechos a favor de los interesados, el acto administrativo producto del silencio positivo es un acto irrevocable por la Administración (art. 331,2, Ley de Costa Rica). El art. 41, del Código de Colombia, en cambio, establece diversos supuestos de revocación.

4. *La garantía contra la carencia administrativa*

La ficción jurídica que deriva tanto del silencio negativo como del silencio positivo, sin duda, se han establecido en el ordenamiento jurídico como garantía de los derechos de los administrados para que, transcurrido un tiempo de inacción, puedan ejercer su derecho a la defensa mediante la interposición de los recursos administrativos o contencioso administrativos correspondientes.

En consecuencia, a falta de acto expreso, la garantía contra el silencio de la Administración al no resolver un recurso consiste en asegurar el ejercicio del derecho de acceso a la justicia contenciosa administrativa.

Sin embargo, la garantía del silencio negativo, cuando se trata de una solicitud o de una petición en materia de procedimientos autorizatorios, puede considerarse como una garantía muy relativa pues, en la práctica, los administrados no obtienen ninguna garantía a

sus derechos con el hecho de que se considere que el silencio de la Administración produce tácitamente el rechazo a su solicitud. Por ejemplo, si se solicita una autorización y la Administración no responde, lo que interesa es la obtención el permiso y el interesado no obtiene nada con que se presuma que se ha negado su petición. Además, esta presunción de negativa de la petición, que es un acto tácito denegatorio, que carece de motivos y de motivación sería materialmente irrecurrible, pues no habría "vicios" que alegar, razón por la cual no habría garantía efectiva del derecho del administrado frente al silencio administrativo respecto de las peticiones.

En realidad, en los casos de abstención o negativa de la Administración a decidir, la verdadera garantía jurídica del administrado está en poder exigir al juez que obligue a la Administración a decidir, mediante el ejercicio de un recurso contencioso administrativo, no contra un acto que no existe, sino contra la carencia de la Administración. Esta posibilidad, por ejemplo, nunca se ha aceptado por el sistema contencioso administrativo francés, que requiere la existencia de un acto expreso o tácito para que puedan intentarse los recursos jurisdiccionales. Sin embargo, al inicio de la aplicación del Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA), y con motivo de la competencia de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, se creyó encontrar en el artículo 35 del Tratado de la CECA un recurso contra la carencia, precisamente, contra la abstención o negativa de las Altas Autoridades de la Comunidad en adoptar determinadas decisiones; pero ello no prosperó definitivamente, imponiéndose la tradición francesa.

Este problema plantea la necesidad de buscar alternativas de garantías en materia del silencio en el caso de peticiones, es decir, del trámite del procedimiento constitutivo del acto que no están reguladas en las leyes de procedimiento administrativo. La regulación general, en materia de silencio negativo, ha estado, sin duda, básicamente en el procedimiento de impugnación del acto administrativo cuando se permite acudir a la vía contencioso-administrativa.

En este sentido, debe destacarse que, en el sistema venezolano de las acciones contencioso-administrativas, se han planteado vías para obtener garantías frente a las conductas omisivas de la Administración, a través del recurso por abstención o negativa (recurso contra la carencia), expresamente establecido en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela desde hace décadas, y que le atribuye competencia a los tribunales contencioso-administrativos para:

Conocer de la abstención o negativa de los funcionarios nacionales a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes, cuando sea procedente, en conformidad con ellas; (art. 42 ord. 23, y, en el mismo sentido, art. 182 ord. 1 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, Venezuela).

Como lo ha precisado la jurisprudencia contencioso-administrativa:

El recurso de abstención se inscribe dentro del género de las acciones contencioso-administrativas, cuya característica común es la de permitir el control de la legalidad y la de restablecer los intereses legítimos violados. De modo que es perfectamente posible revisar la legalidad en un procedimiento de un recurso de abstención, cuya finalidad no es la nulidad de actuación alguna, sino de calificar de legítima o no, una omisión tácita o expresa de la Administración en actuar, para que de resultar ilegal, el Tribunal supla tal abstención o negativa, proveyendo el acto o el trámite omitido o negado... En conclusión, que el recurso de abstención, llamado de carencia, puede intentarse contra una negativa expresa o presunta (inactividad) de la Administración a cumplir un acto. Lo determinante es, pues, que el fin de la pretensión sea la de lograr por la intervención del Tribunal Contencioso-Administrativo el cumplimiento del acto que la Administración ha dicho que no cumple, o que simplemente se abstiene de cumplir, siempre y cuando el recurrente tenga derecho a

ello, y exista la norma que contemple el deber de la Administración de actuar (Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de 28 de octubre de 1987, *Revista de Derecho Público*, núm. 32, Caracas, 1987, p. 118).

El recurso contencioso-administrativo por carencia u omisión completa, así, el cuadro de las garantías de los administrados ante la negativa expresa o tácita (inacción) de la Administración a decidir un asunto, cuando la sola presunción de decisión tácita denegatoria o positiva, no satisfaga los derechos o intereses de los administrados.

Este recurso tiene cierta equivalencia con la acción de cumplimiento regulada en la Constitución de Colombia, (art. 87) y desarrollada en la Ley 393 (1997), que regula esta acción, la cual procede "contra toda acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir inminente incumplimiento de una ley o acto administrativo".

Pero, en general, tanto la regulación venezolana, mediante la acción en carencia contra las omisiones administrativas, o la acción de cumplimiento colombiana, que consagra la garantía frente a la omisión en el procedimiento constitutivo, son de carácter excepcional. Con ellas, en todo caso, se busca que al particular en el procedimiento constitutivo, por ejemplo, le otorguen una autorización, y no que se presuma que no se la van a dar y no poder accionar para que se la concedan. La acción por omisión tiene por objeto permitir al particular acudir ante el juez para que éste ordene que le concedan lo que pide, si verdaderamente el particular tiene derecho a ello y reúne los requisitos. En su defecto, la acción tiene por objeto que el juez sustituya a la Administración, lo que sucede con la acción en carencia, mediante la cual el juez contencioso-administrativo, en definitiva, otorga lo que la Administración no le concede al particular. Es decir, se trata de una acción muy efectiva, y lo más probable es que la evolución de la acción de cumplimiento en Colombia llegue a la misma solución.

En todo caso, en este supuesto no se trata de una acción de tutela que, en el caso de Venezuela, sería un amparo contra la omisión, que presenta el problema de que debe fundamentarse en la violación de derechos constitucionales.

V. EL REMEDIO CONTRA LA INDEFENSIÓN PROVOCADA POR LA INACCIÓN ADMINISTRATIVA Y EL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO

No es frecuente que la Administración decida con celeridad los recursos de reconsideración o jerárquicos intentados por ante el respectivo Ministro; es más, es frecuente que éste, o no decida jamás o lo haga con sumo retraso y, entre tanto, el particular afectado por el acto de un funcionario inferior podría encontrarse desasistido, indefenso y a la merced de la Administración, por la imposibilidad de obtener un acto que causa estado de impugnarlo. Como se dijo, éste no podría lograr el control jurisdiccional por no haberse producido el agotamiento de la vía administrativa, ya que ésta, así quedaba a la discreción de la propia Administración.

Ciertamente, conforme a la Constitución, todo funcionario a quien se solicite o pida algo o quien conozca de un recurso jerárquico, está obligado a dar una "oportuna respuesta"[10], y es por ello que, los ordenamientos particulares relativos al contencioso-administrativo, han regulado tradicionalmente mecanismos procesales, en beneficio de los particulares, para que, aun sin obtener expresa respuesta o decisión de la Administración,

10 Artículo 67.

puedan recurrir a la vía jurisdiccional. El recurso al control jurisdiccional de la Administración y, en particular, el recurso contencioso-administrativo, en esta forma, se ha configurado paulatinamente como una verdadera garantía establecida a favor de los particulares frente a la actuación ilegal de la Administración. Por ello, en beneficio de los particulares, para garantizarles, en todo caso, el acceso a los tribunales contencioso-administrativos, los ordenamientos jurídicos han consagrado la posibilidad de ejercer los recursos, excepcionalmente, aun sin haberse agotado en forma expresa la vía administrativa, por la inacción de la Administración al no dictar el acto que causa estado[11]. En todos estos casos, la figura comúnmente denominada como "silencio administrativo", permite el ejercicio del recurso contencioso-administrativo en ausencia de decisión expresa, por el simple transcurso de un lapso sin decisión administrativa, como una garantía más concedida al particular para asegurarle el acceso a la jurisdicción contenciosa[12]. En esta forma, el silencio administrativo se ha regulado legislativamente, se ha aplicado jurisprudencialmente y se ha desarrollado por la doctrina como una institución destinada a evitar la indefensión de los particulares por la inacción administrativa y la consiguiente imposibilidad de acudir a la vía jurisdiccional por falta de la decisión previa que agote la vía administrativa[13].

1. *El silencio administrativo en el sistema contencioso-administrativo*

Ahora bien, esta figura del silencio administrativo como garantía procesal establecida en beneficio del particular en el sistema contencioso-administrativo, ha sido creación del Legislador, por lo que tradicionalmente se ha exigido texto expreso para su admisibilidad[14].

---

11 Así esta posibilidad, según J. M. Boquera Oliver, se considera como "una garantía fundamental del administrado, sin el cual se le veda, en muchos casos, el paso a la garantía máxima que es el recurso contencioso-administrativo". Véase J. M. Boquera Oliver, "Algunas dificultades de la actual regulación del silencio administrativo" en *Revista de Administración Pública,* Nº 30, Madrid, 1959, p. 100.

12 Tal como lo precisa Alejandro Nieto, se trata de "un arbitrio formal, cuyo exclusivo objeto consiste en posibilitar el acceso a los Tribunales a quienes la Administración no responde expresamente a sus peticiones. De esta manera se supera el escollo que en un sistema jurisdiccional revisor, podría presentar la inexistencia de un acto administrativo expreso" (Véase A. Nieto, "Efectos procesales del silencio negativo de la Administración", *Revista Española de Derecho Administrativo, Civitas,* Nº 5, Madrid, 1975 p. 256). En este sentido Jesús González Pérez ha sido preciso al señalar que "el silencio administrativo fue concebido y regulado como una garantía del administrado que deducía una pretensión ante la Administración Pública. Frente a la inactividad y pasividad del órgano administrativo al que se formulaba una petición, reclamación o recurso, por desgracia harto frecuentes, se acude a la figura del silencio administrativo, que consiste en la ficción de que existe un acto, a los solos efectos de que el particular pueda deducir el correspondiente recurso". (Véase J. González Pérez, "El silencio administrativo", en *Revista de Administración Pública,* Nº 68, Madrid, 1972, p. 235).

13 Confróntese en este sentido las opiniones de Tomás Ramón Fernández Rodríguez, "Silencio Negativo, Actos Firmes y Actos Confirmatorios" en *Revista de Administración Pública,* Nº 53, Madrid, 196.7, p. 286; Juan Antonio Bolea Furadada, "El retrazo de la Administración y el silencio Administrativo", *Revista de la Administración Pública,* N° 51, Madrid, 1960, p. 304; Fernando Garrido Falla, "La llamada doctrina del silencio administrativo", en *Revista de la Administración Pública,* Nº 16, Madrid, 1955, p. 95; Mariano Baena del Alcázar, "Naturaleza Jurídica del silencio de la Administración" en *Revista de Estudios de la Vida Local,* Nº 121, Madrid, 1962, p. 20; Fernando Garrido Falla, "El silencio Contencioso-Administrativo", en *Revista de Estudios de la Vida Local,* Nº 91, Madrid, 1957, pp. 51 y 52. Tal como expresamente lo señala Jesús González Pérez, el principio del agotamiento de la vía administrativa para recurrir, "puede, por tanto, traducirse en una absoluta indefensión del particular. Si para que las pretensiones puedan ser planteadas ante los Tribunales es necesario un acto de la Administración, ésta podrá fácilmente impedir el acceso con sólo cruzarse de brazos y no decidir las reclamaciones ante ella formuladas. De este modo se privaría al administrado de la garantía más eficaz de que arbitra el Derecho en defensa de sus derechos e intereses legítimos: el recurso contencioso-administrativo" (Véase Jesús González Pérez "El silencio administrativa en la nueva Ley de Procedimiento" en *Documentación Administrativa,* Nº 8-9, Madrid, 1958, p. 35). De allí la figura del silencio administrativo, insistimos, como garantía del particular frente a la indefensión que produciría la inacción de la administración.

14 *Cfr.* F. Garrido Falla, "La llamada doctrina..., *loc. cit.,* p. 88.

En Venezuela, en nuestro sistema contencioso-administrativo de anulación no había sido establecido hasta 1976 cuando se lo consagró en el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia; en materia de demandas contra la República, sin embargo, se había consagrado tradicionalmente, en el denominado "procedimiento administrativo previo en las demandas contra la República" previsto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República[15].

Ahora bien, la consagración en Venezuela del denominado silencio administrativo en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia al regular el procedimiento en los juicios contencioso-administrativo de anulación, sin duda, tiene sus antecedentes en las legislaciones francesa, española e italiana, que lo habían consagrado desde varias décadas. Antes de comenzar, por tanto, el artículo 194 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de justicia, estimamos necesario hacer una breve referencia a estas regulaciones.

En Francia, a partir de la Ley de 17 de julio de 1900, frente a la regla de la decisión previa, se estableció otra regla según la cual se presumía que existía una decisión implícita denegatoria de lo solicitado, cuando la Administración no decidía, lo que permitía a los particulares interesados recurrir al juez contencioso administrativo en ausencia de una decisión expresa, sin preverse plazo alguno para ejercer este recurso. A partir de la reforma legislativa del contencioso-administrativo de 1940, se previó un lapso dentro del cual debía ejercerse el recurso, y a partir de ese momento, tal como lo afirma Geneviéve Benezra, "un recuso en beneficio del particular se convirtió en su contra" favoreciendo la inercia de la Administración[16]. En efecto, durante los años cuarenta se desarrolló una interpretación restrictiva del silencio administrativo, planteándose en la jurisprudencia que por el transcurso del plazo se quitaba a la Administración su obligación de decidir y se perdía la posibilidad de ejercer posteriormente el recurso[17]. En 1953, con motivo de la reforma de la Ley del Contencioso-Administrativo, los proyectos de reforma intentaron prever expresamente que el "silencio" era un beneficio de los administrados; sin embargo, la ley no lo aclaró[18], privándose así a los particulares del derecho de recurrir a la justicia[19].

En cuanto al sistema italiano, el silencio administrativo está configurado como una presunción para asegurar al administrado la garantía jurisdiccional. Tiene un efecto procesal solamente, para hacer admisible el recurso contencioso, por lo que no se lo considera

---

15 Arts. 58 y ss.

16 Véase G. Benezra, "Le Silence de l'Administration. Vissitudes de la réglementation française" en *Revue Administrative,* Nº 119, París 1967, p. 540.

17 *Idem.,* p. 542.

18 Cfr. Henry Bonneau, "La règle de la décision préalable devant les nouveaux Tribunaux administratifs", *Recueil Dalloz,* 1955, p. 19.

19 Frente a esta situación, Geneviéve Benezra ha señalado que "la posibilidad abierta a los administrados de recurrir al juez administrativo debe permanecer abierta con amplitud... las restricciones a ese derecho no deben favorecer la arbitrariedad y reforzar los privilegios de la Administración".

(Véase G. Benezra, "Le silence..." *loc. cit.,* p. 540). Esta autora critica la situación existente en Francia y señala lo siguiente: "La inacción de la Administración, que es contraria al interés general, no se voltea sino contra el Administrado quien con frecuencia espera la respuesta a su reclamación para verse luego sometido a una condición de inadmisibilidad decidida por los jueces contencioso-administrativos, felices de quitarse gran parte de asuntos". *(Idem.,* p. 546). Esta autora, al constatar la inconveniencia de la interpretación restrictiva realizada en el sistema francés, concluye lamentándose de que "La ficción legal del recurso contra el silencio de la Administración no es más un medio para proteger al administrador y de sancionar la inercia culpable de la Administración; al contrario, se ha configurado como un nuevo procedimiento puesto a la disposición de la Administración por los textos legales en vigor para evitar el control jurisdiccional de los asuntos que pueden someterse al contencioso de anulación" *(Idem.,* p. 546).

como una forma de resolución del aspecto sustancial del procedimiento administrativo. Por tal razón, la aplicación de la doctrina del silencio no exime a la Administración de su obligación de decidir el recurso jerárquico que se ha interpuesto administrativamente[20].

En España, la figura del silencio administrativo ha sido definida con precisión como "una creación de la Ley, en virtud de la cual se entiende estimada o desestimada una petición o reclamación de los particulares, que les posibilita para actuar lo pedido o hacer uso del recurso que proceda, según los casos"[21]. Ahora bien, el silencio administrativo en España ha tenido, históricamente hablando, dos interpretaciones en su aplicación. Cuando fue introducida por primera vez la figura en el ámbito local, la jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretó su aplicación en forma restrictiva, en el sentido de que la no utilización por el particular del beneficio de recurso ante el silencio administrativo no permitía que posteriormente, frente a la resolución expresa del recurso por la Administración, el particular pudiera recurrir. En los años posteriores, sin embargo, no dejaron de haber decisiones que interpretaban la figura en beneficio del particular. Por ejemplo, en una sentencia del Tribunal Supremo del 8-4-33, se argumentó, sensatamente, lo siguiente: "Hay que tomar como base la naturaleza que el silencio administrativo tiene, de ser una presunción establecida precisamente en favor de los derechos e intereses de los administrados y no un medio de eludir obligaciones y compromisos de los organismos administrativos, la que impide darle una interpretación que perjudique a los mismos a quienes quiso favorecer[22]. Esta posición puede decirse que fue acogida legalmente en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa en cuyo artículo 38 se precisó que por el transcurso del plazo legal del silencio: "el interesado podrá considerar desestimada su petición al efecto de formular frente a esa denegación presunta el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición. En todo caso, la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa debidamente fundada"[23].

Posteriormente, en la reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo española de 1963 se aclaró definitivamente la situación, eliminándose las dudas de la jurisprudencia, al consagrarse en el artículo 94, después de darse opción al interesado para impugnar la denegación por silencio o esperar la resolución expresa, un nuevo párrafo, con el siguiente texto:

> Igual facultad de opción asistirá, sin necesidad de denunciar la mora, al interesado que hubiere interpuesto cualquier recurso administrativo, entendiéndose entonces producida su desestimación presunta por el mero transcurso del plazo fijado para resolverlo.

---

20 Véase Ugo Forti, "Il silenzio della Pubblica Amministraziones ed i suoi effetti processuali" en *Studi in onore di Federico Cammeo.* Padova, 1933. Volume Primo, pp. 542 y 543.

21 Ángel González Rivero, "El silencio administrativo en el Derecho Español" en *Revista de Estudio de la Vida Local,* Nº 111, Madrid, 1960, p. 334.

22 Véase en Eduardo García de Enterría, "Sobre silencio administrativo y recurso contencioso", en *Revista de Administración Pública,* N° 47, Madrid, 1965, p. 209.

23 Esta norma la comenta Eduardo García de Enterría señalando lo siguiente: "El silencio es una denegación presunta, una presunción legal, y no un acto o declaración de voluntad administrativa, está montado en beneficio del particular y como facultad suya, al cual, por consiguiente, corresponde la opción, que expresamente se define, de impugnar el silencio o de esperar la resolución expresa, por cuanto que lo que el silencio no es, en todo caso, es una manera de pronunciarse la Administración, a la cual se recuerda por ello su estricta obligación de resolver y de hacerlo fundamentalmente" (Véase E. García de Enterría, "Sobre silencio..., *loc. cit.,* pp. 211 y 212).

En esta forma, el legislador, como lo dice la propia Exposición de Motivos de la Ley española de Procedimiento Administrativo "viene a reforzar el cuadro de garantía del administrado o la facilitación del ejercicio de sus derechos, aspectos a los que la Ley dedicó siempre especial preocupación"[24].

2. *El sistema de "silencio administrativo" en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (1976)*

A. *Los problemas interpretativos*

En el ordenamiento jurídico venezolano, tal como se indicó, hasta la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, el silencio administrativo como figura de efectos procesales para la apertura del recurso contencioso-administrativo de anulación, no había encontrado consagración legal. El silencio administrativo sólo se había regulado, con efectos procesales, para la interposición de demandas contra la República después de iniciado el procedimiento administrativo previo a las mismas previsto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República[25], y había encontrado una consagración reglamentaria, con efectos limitados, en materia inquilinaria respecto de las decisiones de la Dirección de Inquilinato del Ministerio de Fomento.

La norma del artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia fue, así, una verdadera innovación en nuestro ordenamiento jurídico, la cual no encontraba antecedentes ni en el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ni en el Proyecto de Ley de Procedimiento Administrativo elaborado en 1971 por la Comisión de Administración Pública[26].

El texto del artículo 134 de la Ley Orgánica es el siguiente:

> *Artículo 134*. Las acciones o recursos de nulidad contra los actos generales del Poder Público podrán intentarse en cualquier tiempo, pero los dirigidos a anular actos particulares de la Administración, caducarán en el término de seis meses, contados a partir de su publicación en el respectivo órgano oficial, o de su notificación al interesado, si fuere procedente y aquélla no se efectuase. Sin embargo, aun en el segundo de los casos señalados, la ilegalidad del acto podrá oponerse siempre por vía dé excepción, salvo disposiciones especiales.
>
> *El interesado podrá intentar el recurso previsto en el articulo 121 de esta, Ley, dentro del término de seis meses establecidos en esta disposición, contra el acto recurrido en vía administrativa, cuando la Administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el término de noventa días consecutivos a contar de la fecha de interposición del mismo*.
>
> Cuando el acto impugnado sea de efectos temporales, el recurso de nulidad caducará a los treinta días.

Resulta evidente del texto de la Ley, así como de la motivación de la norma innovadora plasmada por los proyectistas y por la propia Cámara de Diputados[27], que el silencio

---

24 E. García de Enterría, "Sobre silencio...", *loc. cit.,* p. 216.

25 Articulo 58.

26 Véase *Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional* Tomo II, Caracas, 1972.

27 Sobre esta norma, en particular en relación a la consagración del silencio administrativo, la "Presentación" (Exposición de Motivos) del Anteproyecto de Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia elaborado por los Magistrados de la misma y enviado a la Cámara de Diputados en fecha 15-8-75, señaló lo siguiente: "Otra norma innovadora incorporada en el artículo 134 con respecto al lapso de caducidad en los recursos contencioso-

administrativo, como mecanismo de efectos procesales para permitir la interposición del recurso de anulación, fue una figura incorporada al ordenamiento jurídico venezolano, como una garantía para los administrados, frente a la inacción o desidia de la Administración, y así, a pesar de que sus recursos jerárquicos no se decidan expresamente y no se obtenga un acto administrativo que cause estado, sin embargo, se permite la posibilidad de que se intente el recurso de anulación contra el acto administrativo *del inferior* contra el cual se ejerció el referido recurso jerárquico no decidido expresamente, dentro del lapso de 6 meses contados a partir del vencimiento del plazo de 90 días desde la interposición del señalado recurso jerárquico.

Esta norma, por tanto, tenía y tiene que ser interpretada en beneficio del interesado recurrente. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, en 1978 la interpretó en sentido contrario, es decir, contra los administrados y a favor de la irresponsabilidad de la Administración; interpretación que posteriormente debió corregirse en abono de la legalidad y del respeto de la garantía jurisdiccional de los particulares.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 28 de noviembre de 1978 declaró inadmisible un recurso contencioso-administrativo de anulación intentado contra un acto administrativo de efectos particulares, al considerar que, por no haberse interpuesto el recurso en los lapsos de beneficio previsto respecto del silencio administrativo, el recurso interpuesto posteriormente contra el acto que causaba estado por haber decidido tardíamente el recurso jerárquico, era extemporáneo.

El caso debatido, en concreto y en resumen fue el siguiente: el 20-1-76 la Dirección de Reversión del Ministerio de Minas e Hidrocarburos emitió una planilla de liquidación a cargo de una empresa petrolera. Esta empresa interpuso el correspondiente recurso jerárquico contra ese acto administrativo con fecha 23-1-76. El Ministro de Minas e Hidrocarburos declaró sin lugar el recurso jerárquico con fecha 14-10-77, lo cual fue comunicado a la recurrente mediante Oficio del 24-10-77, el cual se entregó a la empresa con fecha 1-6-78. De acuerdo con lo previsto en el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la cual entró en vigencia a partir del 1º de enero de 1977, la empresa interesada, como no podía haber intentado el recurso de anulación en el lapso comprendido entre los seis (6) meses siguientes al vencimiento del lapso de noventa días consecutivos contados a partir de la fecha de interposición del recurso jerárquico, es decir, entre el 23 de abril de 1976 y 23 de octubre de 1976 por no estar en vigencia la Ley, podría interpretarse que debido a que la Ley entró en vigencia el 1º de enero de 1977, debía intentarlo en el lapso comprendido entre abril y septiembre de 1977. Sin embargo, no lo hizo, y prefirió esperar la decisión del Superior Jerárquico, la cual se produjo el 14-10-77, siendo notificado al interesado el 1-6-78.

---

administrativos. De acuerdo con esta disposición, el lapso para interponer tales recursos sigue siendo de seis meses, pero éste puede comenzar a contarse a partir de los tres meses siguientes a la fecha de interposición del correspondiente recurso administrativo si dentro de esos noventa días el recurrente no ha obtenido respuesta al mismo por parte de la respectiva autoridad administrativa. Se atribuye así efectos negativos al silencio de la Administración y queda abierta al interesado la vía contencioso-administrativa, con lo cual se trata de hacer efectivos los derechos de los administrados ante la eventual desidia de la Administración (Véase el Instituto de Derecho Público *El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela,* Caracas, 1979, pp. 505 y 506). Por su parte, en el Informe de la Comisión Política Interior de la Cámara de Diputados del Congreso Nacional sobre la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en el año 1976, en relación a dicha norma se indicó lo siguiente: "Se ha regulado en forma expresa que el recurso de nulidad de los actos administrativos de efectos particulares podrá ser intentado cuando la Administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el término de 90 días consecutivos, a contar de la fecha de interposición del mismo. El término para recurrir ante la Corte es de seis meses, contados a partir del vencimiento de los 90 días ante sindicados. En esta forma se evita que el silencio administrativo impida el oportuno ejercicio de la acción" *(Idem.* p. 552).

Por ello, contra esa decisión fue que se interpuso el recurso de anulación, el 13-11-78 dentro del lapso de seis meses contados a partir del 1-6-78, fecha de la notificación del acto.

Ahora bien, ante estos hechos en su mencionada sentencia del 28-11-78, la Corte Suprema en Sala Político-Administrativa señaló lo siguiente:

> Al interpretar el citado aparte del artículo 134, este Alto Tribunal ha dicho que en él se "impuso a la autoridad administrativa el deber de decidir el recurso jerárquico en el término de noventa días consecutivos a contar de la fecha en que el mismo sea interpuesto, a fin de que los interesados queden en libertad de impugnar el acto cuestionado en sede jurisdiccional en el lapso de los seis meses siguientes, de no producirse la decisión administrativa correspondiente dentro del citado término. Esto significa que a los fines previstos en el articulo 134 de la misma Ley, debe entenderse agotada la vía administrativa no sólo cuando el Ministro decida el recurso jerárquico, sino también cuando no lo haga dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que haya sido interpuesto. Como consecuencia de ello, a partir del 10 de abril de 1977 quedó abierta la vía jurisdiccional para todas personas que en esa fecha tuvieran pendiente de decisión algún recurso en los Despachos del Ejecutivo.

Siendo así y dada la afirmación que hace el impugnante en el caso subjudice en el sentido de que el Ministro de Minas aún no había resuelto su apelación para la fecha en que la nueva Ley entró en vigor, o sea, el 1º de enero de 1977, no se justifica que el término de noventa días a contar de esa fecha y dentro de los seis meses subsiguientes no procedería a intentar demanda de nulidad ante este Alto Tribunal, cuando esa era la vía legal-mente posible, en tal hipótesis, para hacer valer sus derechos en sede jurisdiccional, con arreglo a las disposiciones de la Ley actualmente en vigencia.

Es cierto que la Administración propicia esta práctica viciosa a no adoptar un sistema efectivo y uniforme para notificar sus actos a quien interesa de manera especial, pero ello no justifica que los órganos jurisdiccionales la fomenten también al admitir que los particulares prorroguen los lapsos de caducidad aprovechándose de esa circunstancia y del respeto que debe merecer a los Jueces el derecho de defensa.

Independientemente de estas últimas consideraciones, es pertinente observar que para que el agraviado por un acto administrativo pueda ocurrir a la vía jurisdiccional es indispensable antes que todo que tenga conocimiento del mismo o aunque habiendo interpuesto el correspondiente recurso jerárquico éste no haya sido decidido en término de Ley.

A este último caso lógicamente debe equipararse el que tiene lugar cuando el superior jerárquico, después de decidir el recurso, no ha participado su decisión al agravio dentro de dichos términos.

Y por ser las razones expuestas aplicables al caso de autos la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa de la Ley, considera extemporáneo, y, por tanto, inadmisible, el recurso interpuesto, y así lo declara[28].

---

[28] Véase el texto de la sentencia y nuestra crítica en Allan R. Brewer-Carías, "Consideraciones sobre el silencio administrativo consagrado a los efectos del recurso contencioso-administrativo de anulación", Revista de Control Fiscal, Nº 96, Caracas, 1980, pp. 11-38. Debe señalarse que la sentencia de 28-11-78 ratificaba lo decidido por la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa en auto de 2 de marzo de 1978, en los términos siguientes: "el artículo 134 impuso a la autoridad administrativa el deber de decidir el recurso jerárquico en el término de noventa días consecutivos a contar de la fecha que el mismo sea interpuesto, a fin de que los interesados queden en libertad de impugnar el acto cuestionado en sede jurisdiccional en el lapso de los seis meses siguientes, de no producirse la de cisión administrativa correspondiente dentro del citado término. Esto significa que, a los fines previstos en el artículo 124 de la misma ley, debe entenderse agotada la vía administrativa no sólo cuando el

Esta decisión de la Corte Suprema, como se dijo, en realidad interpretó la figura del silencio administrativo en sentido restrictivo, en perjuicio de los particulares, transformando un beneficio procesal en una carga para el administrado, al quitarle la opción frente a la no decisión del recurso jerárquico, de acudir a la vía jurisdiccional o si lo desea, esperar la decisión del superior. Al señalar la Corte primero, que la Ley "impuso la autoridad administrativa el deber de decidir el recurso jerárquico en el término de noventa días"; segundo, que cuando la Administración no decide en el lapso de tres meses se considera "agotada la vía administrativa"; y tercero, que el lapso de seis meses subsiguientes a dichos noventa días "es la única vía legalmente posible en tal hipótesis para hacer valer sus derechos en sede jurisdiccional, con arreglo a las disposiciones de la Ley actualmente en vigencia", lo que ha hecho es contrariar el espíritu de la Ley, interpretando la norma en perjuicio del particular y en beneficio de la inercia administrativa.

Una norma como la contenida en el artículo 134 de la Ley Orgánica, al contrario, debía interpretarse en el sentido más favorable a los derechos de los administrados, estando en juego en este caso, como lo estaba, el ejercicio de la garantía constitucional al control jurisdiccional de la Administración, tal y como lo aconseja, además, la más afamada doctrina[29]. Por ello aquella sentencia del Tribunal Supremo español citada del 8-4-33, en la cual se indicó expresamente para resolver una cuestión, que "hay que tomar como base la naturaleza que el silencio administrativo tiene, de ser una presunción establecida precisamente en favor de los derechos e intereses de los administrados y no un medio de eludir obligaciones y compromisos de los organismos administradores, lo que impide darle una interpretación que perjudique a los mismos a quienes desea favorecer, como sucedería si, no obstante la existencia de un acuerdo administrativo, como sucede en este caso, mediante el que se resuelva de un modo expreso cierta reclamación (repuntándola con ello viva), para los efectos de librar a quien resuelve de sus consecuencias, se considerase inexactamente que había guardado silencio, privando así a los interesados del consiguiente derecho ante un acto de la Administración, y negando a éste el uso de una facultad, tan interesante a sus funciones como es la de purgar sus propios actos de la deficiente tramitación de que adoleciesen al dejar incontestado lo que pudo y debió racionalmente contestarse"[30].

Ahora bien, para comprender lo inaceptable de la interpretación de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia el 28-11-78, y de que, al contrario, el artículo 134 lo que estableció es un beneficio a favor del interesado, se impone el análisis de la naturaleza jurídica del silencio administrativo que se consagró en nuestro país en esa norma.

B. *La naturaleza jurídica del silencio administrativo en la Ley Orgánica de la Corte*

Ante todo, es necesario señalar que la Ley no consagró un verdadero "silencio administrativo" conforme a la orientación de los sistemas español, italiano y francés, en el sentido de haberle asignado determinados efectos a la inacción de la Administración. Como se señaló, en los sistemas jurídicos europeos, el silencio en general, dentro de la orientación comentada, tiene efectos "negativos" en el sentido de que el transcurso del lapso de tiempo hace considerar que se ha desestimado la petición formulada, o en otras palabras, que ha habido una denegación presunta de lo solicitado o recurrido.

Ministro decida el recurso jerárquico, sino también cuando no lo haga dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que haya sido interpuesto. Véase en G.O., Nº 2.279 Extra. de 28-6-78, p. 7.

29 Véase, en general, Eduardo García de Enterría, "El principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos", en *Revista de Administración Pública,* Nº 42, Madrid, 1963, pp. 267 y ss.

30 Véase F. Garrido Falla, "La llamada doctrina..., *loc. cit.,* p. 111.

En el sistema venezolano de la Ley Orgánica de la Corte Suprema, la norma del artículo 134 de la Ley apuntaba hacia otra dirección, pues no) le asignó al silencio, en realidad, efecto alguno, ni positivo ni negativo, sino simplemente un efecto de carácter procesal: permitió ejercer el recurso contencioso-administrativo contra el acto administrativo del inferior, el cual no causaba estado, configurándose la excepción a la regla de que el objeto de dicho recurso ha de ser un acto que cause estado.

La Ley no permitió el ejercicio del recurso contra un acto presunto o una denegación presunta, sino que al silencio le dio su sólo efecto natural, el de "silencio" es decir, inacción o no acción. En otros términos, en estos casos lo que realmente hace la Administración es callar[31].

En esta forma, lo único que permitía la no acción de la Administración por un lapso de tiempo legalmente prescrito, era que se ejerciera el recurso directamente contra el acto administrativo del inferior que no causaba estado y contra el cual se había ejercido el recurso jerárquico sin que éste se hubiera decidido en el lapso indicado.

Como consecuencia, el transcurso del lapso prescrito legalmente, contado a partir de la interposición del recurso jerárquico, no permitía interpretar que se produjera, como consecuencia, un determinado acto administrativo tácito o presunto denegatorio del recurso y por tanto, conformatorio del acto del inferior[32], y no podría serlo porque no se daban ninguno de los elementos de validez de los actos administrativos: sujeto, objeto, causa, fin y forma.

En particular, y de ello dependen todos los demás requisitos, no habría objeto pues mediante el silencio, "de ningún modo existe una declaración (la Administración ha callado) de conocimiento, voluntad ni juicio. En sí, el silencio es un hecho ambiguo, que no significa ni declara nada"[33].

En fin, como lo ha dicho acertadamente entre nosotros, Ricardo Hernández Ibarra, "el silencio de la autoridad administrativa, en rigor de términos, no concreta ni puede concretar jamás un proveimiento tácito, vale decir, no revela la existencia de una voluntad administrativa en un acto declarativo expreso.

---

[31] Ante el silencio de la Administración, como dicen Masip Acevedo y Angel González Rivero, "no sabemos cuál es su voluntad; lo único cierto es que *ha* guardado silencio; pero el particular no puede sustituir a la propia Administración, no puede administrar, no puede interpretar el silencio, pues ello sería realizar un acto administrativo". Véase Ángel González Rivero, "El silencio administrativo en el Derecho Español" en *Revista de Estudios de la Vida Local,* Nº 11, Madrid, 1960, p. 333, quien cita a Masip Acevedo, "El silencio en el Derecho Administrativo español" en *Trabajos de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo,* Oviedo, 1934, p. 17.

[32] Como lo afirma Tomás Ramón Fernández Rodríguez, "queda claro que el silencio no es un acto ni tiene efectos de tal". Véase T. R. Fernández Rodríguez, "silencio negativo...", *loc. cit.,* p. 290.

[33] Véase M. Baena del Alcázar, "Naturaleza jurídica del silencio...", *loc. cit.,* p. 10. En otros términos, "ningún efecto jurídico material puede ligarse al silencio negativo de la Administración, porque no existe voluntad de la Administración que el silencio pueda expresar, sino precisamente ausencia de actividad volitiva alguna". (Véase T. R. Fernández Rodríguez, "Silencio negativo..." *loc. cit.,* p. 282). Por tanto, el silencio administrativo, es decir, el transcurso del lapso legal sin que la Administración decida, no es una manera de decidir por parte de la Administración (*Cfr.* Eduardo García de Enterría, "Sobre silencio..., *loc. cit.,* p. 221); Tomás Ramón Fernández Rodríguez, "Repetibilidad de la impugnación jurisdiccional en el caso de silencio negativo" en *Revista Española del Derecho Administrativo Civitas,* Nº 11, Madrid, 1976, p. 723), ni de él puede derivarse acto administrativo tácito alguno (Cfr. Tomás R. Fernández Rodríguez, "Silencio negativo..." *loc. cit.,* p. 283; F. Garrido Falla, "La llamada doctrina del silencio", *loc. cit..* pp. 108 y 109; Mariano Baena del Alcázar, "Naturaleza jurídica del silencio...", *loc. cit.,* pp. 10 y 11; y Ángel González Rivero, "El silencio administrativo...", *loc. cit.,* p. 333).

La razón es obvia: el silencio es justamente ausencia del proveimiento, falta de ejercicio o simplemente no ejercicio de la función administrativa; y propiamente en cuanto tal produce sus efectos, permitiendo al particular que haya sido lesionado en su esfera jurídica subjetiva por la inercia administrativa de solicitar la tutela jurisdiccional"[34].

Como consecuencia, cuando se ejerce el recurso previsto en el artículo 134 de la Ley Orgánica, no se recurre contra un acto tácito, ni se presume que se ha denegado el recurso jerárquico intentado por la inacción de la Administración, sino que en realidad se recurre contra el acto administrativo del funcionario inferior que no ha agotado la vía administrativa. El artículo 134 citado, en tal sentido es claro y preciso "El interesado podrá intentar el recurso... *contra el acto recurrido en vía administrativa,* cuando la Administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el término de noventa días consecutivos a contar de la fecha de interposición del mismo".

La Ley venezolana, así, a diferencia de la legislación española no presume que se ha denegado el recurso jerárquico; simplemente, ante el silencio, y para evitar que éste "impida el oportuno ejercicio de la acción" como lo indica el Informe de la Comisión de Política Interior de la Cámara de Diputados sobre la Ley Orgánica[35], el legislador permite el recurso contra el acto administrativo que no ha causado estado. Se trata, así de una verdadera excepción al principio de que el objeto del recurso contencioso-administrativo de anulación debe ser un acto administrativo que cause estado. Como acertadamente lo afirmó Ricardo Hernández Ibarra en 1974, antes de que se sancionara la Ley venezolana: "el recurso que haya de ser propuesto en vía jurisdiccional, en el caso de silencio observado por la autoridad administrativa sobre el recurso jerárquico a ella presentado, después del transcurso del predicho término, se ha de entender dirigido, no ya contra el proveimiento decisorio tácito, sino contra el proveimiento originario"[36].

Por tanto, en esta forma consagrada en la Ley Orgánica de la Corte, la figura del silencio administrativo en Venezuela, al igual que lo ha sostenido en España la mejor doctrina administrativa, era una mera vía de efectos procesales o si se quiere una ficción procesal para la apertura de la vía contencioso-administrativa[37].

C. *El recurso derivado del silencio como garantía jurisdiccional de los administrados*

Tal como se señaló, la consagración del silencio administrativo en la legislación venezolana, como lo indica expresamente la "Presentación" que, elaborada por los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, sirvió de Exposición de Motivos de la Ley Orgánica, tuvo por objeto "dejar abierta al interesado la vía contencioso-administrativa, con lo cual se trata de hacer efectivos los derechos de los administrados ante la eventual desidia de la Administración"[38], o como precisa el Informe de la Comisión de Política Interior de

---

[34] Véase Ricardo Hernández Ibarra, Notas sobre el silencio de la Administración Pública con particular referencia al silencio-rechazo en materia de Recursos Jerárquicos, Maracaibo, 1974, p. 26. Véase, además, la p. 34 donde insiste en la idea de que con el silencio lo que hay es un "mero hecho de incumplimiento y no como un acto tácito".

[35] *Loc. cit*., p. 552.

[36] *Op. cit.,* pp. 62 y 63.

[37] *Cfr.* T.R. Fernández Rodríguez, "Repetibilidad de la impugnación..." *loc. cit.,* p. 723 y "Silencio negativo..." *loc. cit.,* pp. 282, 285 y 286; Mariano Baena del Alcázar, "Naturaleza jurídica del silencio..." *loc. cit.,* p. 7. De allí la propia definición que Jesús González Pérez da del silencio administrativo, como una "ficción legal en virtud de la cual se presume desestimada una reclamación a los solos efectos de interponer el recurso procedente". Véase en su *Derecho Procesal Administrativo,* Tomo II, Madrid, 1957, p. 361.

[38] *Loc. cit,* p. 506.

la Cámara de Diputados sobre la Ley Orgánica, tuvo por objeto evitar "que el silencio administrativo impida el oportuno ejercicio de la acción[39].

Como consecuencia, sin la menor duda, en un país democrático, de libertades y sometido a un régimen propio del Estado de Derecho, la figura del silencio administrativo se estableció como un beneficio a favor del particular, que no exonera a la Administración de su obligación de decidir los asuntos que se le plantean oportunamente.

En efecto, el único sentido que tiene esa consagración del silencio administrativo en Venezuela, frente a la indefensión en la cual se encontraban los administrados por la no decisión oportuna de la Administración de los recursos jerárquicos, es la de establecer un beneficio a los particulares para, precisamente evitar esa indefensión. La norma del artículo 134 de la Ley Orgánica por tanto se ha establecido en favor del particular y no en favor de la Administración, tal como ha sucedido en otros sistemas jurídicos[40].

La primera consecuencia de este carácter de beneficio para el particular de la apertura del recurso de anulación contra un acto administrativo que no causa estado, es que es potestativo para el interesado el utilizar o no el beneficio, el cual sólo puede beneficiarlo y nunca perjudicarlo. En efecto, intentado un recurso jerárquico contra un acto administrativo, y vencido el lapso de 90 días consecutivos a partir de su interposición sin que haya habido decisión expresa al recurso, notificada al interesado, este tiene la posibilidad de intentar contra el acto recurrido en vía administrativa y que no ha agotado la vía administrativa, el correspondiente recurso de anulación. Pero la ley, en forma alguna, lo obliga a ello; el particular tiene, así, una opción: o intenta el recurso usando el beneficio del silencio o simplemente, espera la decisión del recurso jerárquico por el superior, para intentar, posteriormente, el recurso.

Por ello, la ley es clara al indicar en el artículo 134 que el interesado "podrá" intentar el recurso, y poder conforme lo indicado en la antigua Corte Federal en sentencia del 06-11-58.

> Es tener la facultad o el medio de hacer una cosa, y «facultad, el derecho -no el deber, ni la obligación- de hacer una cosa. El Código de Procedimiento Civil en su artículo 13, da la interpretación jurídica de este verbo, que bien puede aplicarse, no sólo en las actuaciones judiciales, sino también en general.

Cuando la ley dice "El Juez o el Tribunal puede o podrá", se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad[41].

Por tanto, al indicarse que "El interesado *podrá* intentar el recurso" la ley lo está facultando, le está dando el derecho de recurrir, pero no le está imponiendo la obligación de recurrir, ni le está diciendo que, de no hacerlo, caduca su acción de nulidad. El beneficio previsto en la Ley Orgánica, por tanto, no puede convertirse en una carga para el interesado[42].

---

39 *Loc. cit.,* p. 552.

40 Véase respecto de España, Héctor M. Rodríguez Sanguineti, "Notas acerca del Silencio Administrativo en el Derecho Español", en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración,* Instituto de Derecho Público UCV, Volumen 2, 1970-1971, p. 412; Ángel González Rivero, "El Silencio Administrativo..." *loc. cit.,* p. 336.

41 Véase en *G.F.,* N° 22, Caracas, 1958, p. 133.

42 Tal como lo precisa Tomás Ramón Fernández Rodríguez, "la interposición de un recurso contra el silencio negativo no está concebida legalmente como una *carga* en sentido técnico, sino como una *facultad* que puede o no ejercitarse por el particular facultado, sin que de la falta de ejercicio de dicha facultad pueda seguirle para él perjuicio alguno, como se seguiría inevitablemente si de una carga se tratara" (Véase T. R. Fernández Rodríguez,

Ahora bien, no habiendo elemento alguno que permita interpretar esta norma en juicio en perjuicio del administrado, es evidente que éste tiene, en dicho supuesto una opción: o intenta el recurso en base al silencio administrativo, o espera la decisión definitiva del recurso jerárquico por la Administración. Esta es, en todo caso, la clara y terminante consagración de la legislación española, la cual, para despejar dudas, deja al particular la opción, en virtud de que se ha establecido en su beneficio[43]. Por tanto, estando en manos del administrado la opción de recurrir en base al beneficio del silencio administrativo o esperar la decisión del cuerpo jerárquico para que exista un acto que cause estado, el transcurso del lapso para recurrir contra el acto del inferior, no tiene ningún efecto perjudicial en su contra[44].

En consecuencia, si el particular interesado opta por no intentar el recurso derivado del silencio administrativo, dentro del lapso de seis meses subsiguientes al lapso de 90 días consecutivos contados a partir de la interposición del recurso jerárquico, debe esperar la decisión del superior, contra la cual, si es confirmatoria del acto inferior, podrá intentar el recurso de anulación dentro del lapso de seis meses contados a partir de la notificación de dicho acto. Este acto del superior es, precisamente el acto administrativo que en el procedimiento administrativo causa estado, por lo que es contra él, contra el cual debe intentarse el recurso contencioso de anulación; y sin duda, al notificarse su contenido al interesado se abre el lapso de impugnación respectivo[45].

"Silencio Negativo..., *loc. cit.,* pp. 284, 295 y 296), o como más gráficamente lo indica Sabino AIvarez-Gendin y Blanco: "el silencio administrativo, se instituyó para favorecer al administrado, no para sorprenderle por incauto o cazarle "en un cepo, o trampa abusando de su ignorancia" (Véase S. AIvarez-Gendin y Blanco, "Teoría del Silencio Administrativo" en Estudios en *Homenaje a Jordana de Pozas,* Tomo III, Vol. 1, Madrid, 1961, p. 144). Con esta interpretación parece estar acorde Gonzalo Pérez Luciani, quien sin embargo advierte que la de carácter restrictivo también podría presentarse en la siguiente forma: "Adviértase que parece darse un derecho al interesado con la expresión *"podrá",* en el sentido que puede formalizar el recurso luego de transcurrido el plazo de noventa días: pero que también podría el interesado, a su arbitrio, intentar el recurso contencioso dejando transcurrir este plazo para esperar la decisión del recurso administrativo interpuesto. Hay la posibilidad de que se interprete la norma en el sentido de que el interesado deberá en todo caso intentar el recurso contencioso dentro del lapso de noventa días más seis meses de interpuesto el recurso administrativo" (Véase Gonzalo Pérez Luciani, "los recursos contencioso-administrativos en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia", en *El-control jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela,* Instituto de Derecho Público, Caracas, 1979, pp. 146 y 147). No dice Pérez Luciani por qué podría interpretarse restrictivamente esta norma, como en efecto, lo hizo la Corte Suprema en la, decisión del 28-11-78, aún cuando del texto trascrito resulta evidente su inclinación por la interpretación amplia en beneficio del particular recurrente.

43 *Cfr*. "Eduardo García de Enterría, "Sobre silencio..." *loc. cit.,* pp. 211, 212, 216, 219 y 222; Ángel González Rivero, "El silencio administrativo...", *loc. cit.,* p. 366.

44 Expresamente Fernando Garrido Falla ha señalado, así, lo siguiente: "el transcurso del plazo del silencio no significa resolución del expediente, sino simplemente la posibilidad de que el particular, en vez de esperar indefinidamente una resolución expresa de su asunto, plantee la cuestión ante la jurisdicción revisora. Si el particular, renuncia a este planteamiento lo único que ha hecho es prescindir del arbitrio (ideado, por supuesto, a su favor) del silencio, para dejar que las cosas transcurran como si éste no existiese; es decir, que entonces esperará a que la Administración resuelva, y,, a partir de la resolución, deberá disponer de los reglamentarios plazos para impugnar la decisión administrativa. No hay más remedio que admitir que, si no se quiere bastardear la institución, el silencio administrativo supone, por definición, una posibilidad del recurso para el particular, que, si no se utiliza, deja las cosas en el mismo punto en que se encontraban si el silencio no hubiese sido consagrado por la ley" (Véase F. Garrido Falla, "La llamada doctrina del silencio...", *loc. cit.,* pp. 114 y 115).

45 Como claramente lo expone Eduardo García de Enterría: "la resolución abre por sí misma, en los términos ordinarios, un plazo de impugnación, sin que tenga ningún sentido intentar oponer a este plazo la caducidad del que pudo utilizar el interesado para impugnar la denegación por silencio, desde el momento en que la caducidad supone una carga y no una facultad" (Véase Eduardo García de Enterría, "Sobre silencio...", *loc. cit.,* p. 216) (cfr. T. R. Fernández Rodríguez, "Silencio negativo..." *loc. cit.* pp. 289 y 290).

Debe destacarse que la interpretación contraria la había dado la jurisprudencia española, pero la reforma de la Ley de lo contencioso-administrativo en 1954 aclaró definitivamente la situación, eliminando lo que se ha denominado como una "arbitrariedad", es decir, considerar "qué la única oportunidad que el particular tenía de recurrir era a partir del momento en que veía transcurrido el plazo del silencio sin que la Administración se hubiese pronunciado"[46]. Por ello la Exposición de Motivos de la ley fue terminante al aclarar que acudir a ella (a la vía contencioso-administrativa) se considera como una facultad y no como una obligación, con lo cual se retribuye la figura del silencio administrativo el sentido que propiamente se le atribuyó originariamente, de garantía para los administrados frente a las demoras de la Administración"[47].

No hay duda, por tanto, que conforme a esta doctrina, en el sistema venezolano la garantía establecida a favor del particular con el silencio administrativo le permite optar por utilizar la vía contencioso-administrativa ante el silencio de la Administración, o esperar la decisión final del recurso jerárquico interpuesto. Si opta por esta última alternativa, por supuesto, se abre el lapso de impugnación de los seis meses a partir del momento en el cual se notifique al interesado. Con esta posición está conforme la mejor doctrina[48].

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, el no ejercicio del recurso contencioso de anulación contra el acto administrativo recurrido en vía administrativa basado en el silencio administrativo, no sólo no impide el ejercicio del recurso de anulación contra la resolución tardía del recurso, es decir, contra el acto que cause estado, sino que por supuesto no implica, en forma alguna, que el acto inicial adquiera firmeza, ni, en todo caso, que el silencio, en cuanto a no acto, pueda quedar firme[49].

En definitiva, el silencio administrativo consagrado en los ordenamientos extranjeros y en el venezolano, se ha regulado como una figura establecida en beneficio y favor de los administrados, por lo que su tratamiento e interpretación tiene que responder a ese criterio, lo cual impide que tal beneficio se convierta luego en caducidad para el beneficio particu-

---

[46] Véase F. Garrido Falla, "El silencio administrativo...", *loc. cit.* pp. 58-59.

[47] *ídem,* p. 62.

[48] Véase, por todos, Rafael Gómez Ferrer, "Resoluciones Tardías y conflicto de intereses privados" en *Revista de Administración Pública,* Nº 68, Madrid, 1972, pp. 188, 205, 207 y 219, la cual puede resumirse en palabras de Jesús González Pérez, "El silencio administrativo y los interesados que una ficción para que el particular pueda, si lo desea, deducir recurso frente a la presunta denegación de su petición. De tal modo que siempre subsiste la obligación de la Administración de resolver expresamente, y dictada la resolución expresa, cualquiera que sea el momento en que se hubiere producido, produce plenos efectos, en el ámbito del Derecho material y en el Derecho procesal. De tal modo que los interesados pueden deducir frente a ella los recursos admisibles, para lo cual los plazos empiezan a computarse desde el día siguiente al de la notificación, sin que pueda invocarse la excepción del acto consentido por el hecho de no haberse deducido recurso contra la denegación presunta anterior" (Véase Jesús González Pérez, "El silencio administrativo y los interesados que no incoaron el procedimiento..." *loc. cit.,* pp. 235 y 236).

[49] *Cfr.* Tomás Ramón Fernández, "Repetibilidad de la impugnación jurisdiccional en caso de silencio negativo" en *Revista Española de Derecho Administrativo Civitas,* Nº 11, Madrid, 1976, p. 724; Jesús González Pérez, "El silencio administrativo en la nueva ley...", *loc. cit.,* p. 40; Rafael Gómez Ferrer, "Resoluciones tardías...", *loc. cit.,* p. 208; y Eduardo García de Enterría, "Sobre silencio..., *loc. cit.,* p. 216. Como lo señala T. R. Fernández Rodríguez, el hecho de que el lapso para intentar el recurso contencioso con motivo del silencio transcurra "sin que el recurso sea interpuesto, nunca podrá decirse que el silencio negativo haya quedado firme, calificativo que sólo puede predicarse de los verdaderos actos, es decir, de las declaraciones expresas de voluntad, deseo, juicio o conocimiento, emanadas de una Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa, sin que haya puesto fin al expediente abierto, puesto que este expediente o procedimiento no puede terminar si no es mediante uno de los cuatro modos tasados por la ley, uno de los cuales -la resolución expresa- sigue siendo, a pesar del silencio, una obligación viva que la Administración debe cumplir porque así se lo impone la ley" (Véase T. R. Fernández Rodríguez, "Silencio negativo...", *loc. cit.* pp. 285 y 286).

lar. Por ello con razón se ha dicho que "El silencio sólo es imputable a la Administración; el administrado es totalmente ajeno a su producción, ya que su intervención se limita a llamar sin obtener respuesta, apareciendo, por tanto, desde este punto de vista, como liberalizado de toda posible responsabilidad, derivada de una abstención ajena a su voluntad"[50].

D. *El silencio no exime a la Administración de su obligación de decidir*

Siendo, por tanto, el silencio administrativo una garantía de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa por parte de los administrados, no hay elemento alguno en el ordenamiento que pueda permitir interpretar que el transcurso de los lapsos del silencio, agotan la vía, administrativa, eximiendo a la Administración de la obligación de decidir. Al contrario, tal como se ha señalado, constitucionalmente, la consecuencia del derecho de petición es la obligación para la Administración de dar "oportuna respuesta" (Art. 67), y de esta obligación no puede eximirla ninguna ley. El silencio administrativo, por tanto, es una garantía para que aún sin que exista un acto administrativo que cause estado, el administrado pueda tener acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, y no un medio para que la Administración se libere de su obligación de decidir, la cual tiene, además su fuente en la propia Constitución[51].

La Administración Pública, por tanto, al transcurrir el lapso del silencio administrativo, sin que el interesado use el beneficio e interponga el recurso contencioso de anulación, no pierde, en forma alguna competencia para resolver, y puede hacerlo tardíamente.

E. *Recapitulación sobre la figura del silencio administrativo en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*

Como consecuencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la aplicabilidad de la figura del silencio administrativo, como ficción procesal, está cometida a los siguientes condicionantes[52].

1. El silencio administrativo se prevé exclusivamente como una garantía jurisdiccional en caso de que la Administración no decida un "recurso administrativo" necesario para agotar la vía administrativa. Normalmente este recurso será un recurso jerárquico si el acto es dé un órgano inferior en el orden administrativo, pues en esos casos, ése es el medio jurídico normal para agotar la vía administrativa.

En caso de que ésta se agote a niveles inferiores, pero la Ley exija la interposición de un recurso de reconsideración administrativa para que el acto cause estado (por ejemplo, en materia de Impuesto sobre la Renta), la no decisión del recurso de reconsideración en los lapsos prescritos abre la posibilidad de acudir a la vía contencioso-administrativa.

En todo caso, el silencio administrativo previsto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema, no opera, como garantía jurisdiccional, respecto de solicitudes o peticiones no resueltas oportunamente por la Administración, pues la ley confiere el recurso contra un acto que no causa estado contra el cual se haya ejercido un recurso administrativo, y éste no

---

50 Véase J. A. Bolea Furadada, "El retraso de la Administración y el silencio...", *loc. cit.,* p. 304

51 *Cfr.* Tomás R. Fernández Rodríguez, "Silencio negativo...", *loc. cit.,* p. 292; Fernando Garrido Falla, "La llamada doctrina del silencio...", *loc. cit.,* p. 111. Tal como lo expresa la Exposición de Motivos de la ley española de lo contencioso-administrativo: "el silencio administrativo, ciertamente, no puede ser conceptuado como un medio a través del cual la Administración pueda eludir su obligación de motivar las decisiones, como vendría a ser si por el silencio quedara exenta del deber de dictar un proveído expreso, debidamente fundado" (Véase en F. Garrido Falla, "El silencio en la nueva ley...", *loc. cit.,* p. 61).

52 Véase Allan R. Brewer-Carías, "Consideraciones sobre el silencio administrativo consagrado a los efectos del recurso contencioso-administrativo de anulación", *Revista de Control Fiscal,* Nº 96, Caracas, 1980, pp. 11-38.

haya sido decidido. Para que opere la vía del silencio, por tanto, es indispensable que previamente exista un acto administrativo expreso, que no agote la vía administrativa, contra la cual se haya recurrido en vía administrativa.

2. Por otra parte, para que surja la figura del silencio administrativo, es indispensable que transcurra un lapso de 90 días consecutivos sin que haya habido decisión administrativa o, de haberla, sin que se le haya notificado al interesado, vencido el cual, éste tiene la posibilidad de intentar el recurso contencioso-administrativo contra el acto recurrido en vía administrativa, en el lapso de caducidad de seis meses contados a partir del vencimiento del plazo de 90 días señalados.

3. El recurso contencioso-administrativo que se permite deducir al operar el silencio, tiene por objeto, es decir, tiene como acto recurrido el único acto administrativo existente, el que no ha agotado la vía administrativa y, que fue objeto del recurso administrativo no decidido por la Administración en el plazo señalado. La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, por tanto, no establece efectos negativos algunos al silencio administrativo, ni se presume, por tanto, lo existencia de un acto administrativo tácito denegatorio.

4. El recurso contencioso-administrativo de anulación que se permite intentar contra el acto administrativo que no causa estado por efecto del silencio administrativo, debe interponerse en el lapso de caducidad de seis (6) meses contados a partir del vencimiento del plazo de 90 días consecutivos desde la interposición del recurso administrativo, durante el cual la Administración no decidió.

Si el interesado no utiliza el beneficio jurisdiccional que le otorga la ley, debe esperar la resolución expresa del recurso administrativo interpuesto que causa estado, para, contra la misma, si procede, intentar el recurso contencioso administrativo de anulación correspondiente.

5. En todo caso, la Administración no es que sólo pueda resolver el recurso administrativo interpuesto, necesariamente, en el plazo de 90 días, consecutivos, contados a partir de su interposición. La Administración si no lo ha hecho, debe y puede resolverlo posteriormente, por lo que ese lapso de silencio sólo beneficia al interesado y no exime a la Administración de su obligación de decidir.

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, en 1980 señalábamos como conclusión lo siguiente:

La interpretación que la Corte Suprema de Justicia ha hecho en su sentencia del 28 de noviembre de 1978 sobre el artículo 134 de la Ley Orgánica que la rige, no se ajusta a derecho, y debía ser modificada por la misma Corte, y ello, por las siguientes razones:

> a) Porque la figura del silencio administrativo que acoge nuestra legislación está configurada como una garantía a favor del administrado, para permitirle el ejercicio de recurso contencioso-administrativo contra un acto que no causa estado, en caso de inacción de la Administración en la resolución del recurso administrativo interpuesto contra dicho acto;
>
> b) Porque como consecuencia, su interpretación debe hacerse en beneficio del interesado, para cuyo beneficio se regula el silencio administrativo, y no en su perjuicio;
>
> c) Porque en el transcurso del plazo del silencio administrativo no se produce ningún acto tácito denegatorio, sino solamente, se permite al interesado recurrir ante la vía contencioso-administrativa contra el acto que no causa estado. Se trata, por tanto, de una figura con meros efectos procesales en favor del administrado;

d) Porque la posibilidad que se abre al particular de recurrir ante el silencio administrativo es eso, una posibilidad, facultad, derecho o garantía, y no una obligación y mucho menos una carga; y si el interesado decide no utilizar el beneficio procesal, puede optar, libremente, por esperar la decisión expresa del recurso administrativo interpuesto, en cuyo caso, de producirse y no satisfacerle sus pretensiones, puede intentar el recurso contencioso-administrativo contra ese nuevo acto que causa estado;

e) Porque el hecho de que transcurra el plazo del silencio administrativo sin que la Administración decida, y transcurra el lapso de caducidad para intentar el recurso contencioso previsto en beneficio del particular, no se puede pensar que acto alguno haya adquirido firmeza, pues no hay acto, y precisamente, lo que hay es un no acto. En cuanto al acto administrativo recurrido en vía administrativa, éste no puede haber adquirido firmeza, pues, precisamente, por estar recurrido administrativamente, no está firme;

f) Porque el hecho de que transcurran los lapsos señalados de silencio administrativo no puede pensarse que se agotó la vía administrativa, que la Administración perdió competencia para decidir posteriormente o que ya no tiene obligación de decidir. Al contrario, de acuerdo con la Constitución (Art. 67), la Administración está obligada a decidir los asuntos que se le sometan, es decir, está obligada a dar oportuna respuesta, por lo que, a pesar de que transcurran los lapsos del silencio administrativo y el particular no use el beneficio jurisdiccional que la Ley le otorgue, la Administración tiene el deber de decidir, para lo cual no puede considerarse que ha perdido competencia.

El recurso contencioso-administrativo interpuesto oportunamente por el administrado contra la decisión del recurso administrativo interpuesto y resuelto tardíamente, a pesar de no haberse utilizado en su momento el beneficio jurisdiccional del silencio administrativo, debe ser admitido, pues de lo contrario se lesionaría su derecho a la garantía jurisdiccional sin que Ley alguna lo consagre o autorice[53].

F. *La modificación del criterio jurisprudencial en 1982*

La Corte Suprema de Justicia modificó su criterio de 1978, y en sentencia de 22 de junio de 1982 de la Sala Político-Administrativa, en la cual declaró sin lugar la apelación interpuesta contra un auto del Juzgado de Sustancia que había admitido un recurso contencioso-administrativo contra la decisión tardía de un recurso administrativo[54], acogió íntegramente los criterios antes expuestos y que habíamos publicado en 1980 como crítica a la sentencia de 1978[55].

---

53 Véase "Consideraciones sobre el Silencio Administrativo consagrado a los efectos del recurso contencioso-administrativo de anulación", *Revista de Control Fiscal,* Nº 96, Caracas, 1980, pp. 11-38.

54 El Juzgado de Sustanciación de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en auto de 19 de noviembre de 1979, decidió lo siguiente: "El segundo aparte del artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido una facultad en beneficio de los administrados, a fin de que éstos no se perjudiquen por el silencio o el retardo de la Administración en decidir los recursos ante ella interpuestos. No puede convertirse una facultad en un deber de cumplimiento obligatorio para el administrado y transformarla en una pena para el mismo, que haría nugatorio su derecho a recurrir contra los actos de la Administración. Por otra parte, la caducidad es de derecho estricto, y es sólo en el primer aparte del artículo 134 *ejusdem* donde se establece lo aplicable a los recursos dirigidos a anular los actos de efectos particulares de la Administración y la oportunidad en que empieza a correr el término respectivo. En consecuencia, considera este Juzgado que el segundo aparte del artículo 134 no puede interpretarse como un término de caducidad, y así se declara". (Consultado en original).

55 Véase Allan R. Brewer-Carías: "Consideraciones en torno al silencio administrativo consagrado a los efectos del recurso contencioso-administrativo de anulación", en *Revista Control Fiscal,* Nº 96, Caracas, 1980, pp. 11 y ss.

La Corte Suprema, así, se apartó de la errada interpretación del artículo 134 de la Ley Orgánica que había establecido en sentencias de 2-3-78 y 15-11-78, y resumió su criterio sobre la materia en los siguientes términos:

1. Que la disposición contenida en el primer aparte del artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia consagra una garantía jurídica, que se traduce en un beneficio para los administrados.

2. Que, como tal garantía, debe ser interpretada en sentido amplio y no restrictivo, pues de lo contrario, lejos de favorecer, como se quiso, al administrado, lo que haría es estimular la arbitrariedad y reforzar los privilegios de la Administración.

3. Que esa garantía consiste en permitir el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa en ausencia de acto administrativo expreso que ponga fin a la vía administrativa.

4. Que el transcurso del lapso del silencio administrativo sin que el particular ejerza el recurso contencioso-administrativo no acarrea para aquél la sanción de caducidad de tal recurso contra el acto que en definitiva pudiera producirse.

5. Que el silencio no es en sí mismo un acto, sino una abstención de pronunciamiento y, por consiguiente, no cabe decir que se con vierte en firme por el simple transcurso del plazo de impugnación.

6. Que el silencio no exime a la Administración del deber de dictar un pronunciamiento expreso, debidamente fundado.

7. Que es el administrado quien decide la oportunidad de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa: durante el transcurso del lapso previsto en el artículo 134, o posteriormente, cuando la Administración le resuelva su recurso administrativo.

8. Que cuando la Administración resuelve expresamente el recurso administrativo después de transcurridos los plazos previstos en el artículo 134, el particular puede ejercer el recurso contencioso-administrativo contra ese acto concreto.

9. Que a partir del momento en que se notifica al interesado la resolución administrativa expresa de su recurso, comienza a correr el lapso general de caducidad de seis meses para el ejercicio del correspondiente recurso contencioso-administrativo; y

10. Que de no producirse nunca la decisión administrativa expresa, no podrá el interesado ejercer el recurso contencioso-administrativo pasados los nueve meses a que se refiere el artículo 134 de la L.O.C.S.J., invocando el silencio administrativo[56].

Debe señalarse que, respecto de ese último punto de la sentencia, la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo sentada en sentencia de 13 de febrero de 1986, había admitido la procedencia de un recurso de amparo del derecho constitucional a obtener oportuna respuesta, aun cuando no se hubiera usado el beneficio procesal del silencio administrativo, lo cual ha sido negado recientemente por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 23-5-88 (caso Fincas Algaba)[57].

---

[56] Véase la sentencia (Ponente J. Calcaño de Temeltas), en *Revista de Derecho Público,* Nº 11, EJV, Caracas, 1982, pp. 150-60.

[57] Véase la sentencia de la Corte Primera (Ponente R. J. Duque Corredor) en *Revista de Derecho Público,* Nº 26, EJV, Caracas, 1986, y la de la Corte Suprema (Ponente L. H. Farías Mata), en *Revista de Derecho Público,* Nº 35, EJV, Caracas, 1988.

En 2009, por la sentencia N° 767 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 3 de junio de 2009, se ratificó la doctrina de 1982, aplicable bajo la vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, en la forma siguiente:

"Específicamente la Sala en decisión N° 827 de fecha 17 de julio de 2008, ratificó el criterio sentado en sentencia de fecha 22 de junio 1982, caso: Ford Motors de Venezuela, en la que se interpretó el alcance del silencio administrativo como garantía de los administrados, previsto en el artículo 134 de la entonces vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el cual tiene su homólogo en el aparte 20 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. En dicho fallo, que una vez más se ratifica, esta Sala concluyó lo siguiente:

1° *Que la disposición contenida en el primer aparte del artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (hoy aparte 20 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia) consagra una garantía jurídica, que se traduce en un beneficio para los administrados*.

2° *Que, como tal garantía, debe ser interpretada en sentido amplio y no restrictivo, pues de lo contrario, lejos de favorecer al administrado, como se quiso, lo que haría es estimular la arbitrariedad y reforzar los privilegios de la Administración.*

3° Que esa garantía consiste en permitir el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, en ausencia de acto administrativo expreso que ponga fin a la vía administrativa.

4° Que el transcurso del lapso del silencio administrativo sin que el particular ejerza el recurso contencioso-administrativo no acarrea para aquél la sanción de caducidad de tal recurso, contra el acto que en definitiva pudiera producirse.

5° Que el silencio no es en sí mismo un acto, sino una abstención de pronunciamiento y, por consiguiente, no cabe decir que se convierte en firme por el simple transcurso del plazo de impugnación.

6° Que el silencio no exime a la Administración del deber de dictar un pronunciamiento expreso, debidamente fundado.

7° Que es el administrado quien decide la oportunidad de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, durante el transcurso del lapso previsto en el artículo 134 (hoy aparte 20 del artículo 21), o posteriormente, cuando la Administración le resuelva su recurso administrativo.

8° Que cuando la Administración resuelve expresamente el recurso administrativo, después de transcurridos los plazos previstos en el artículo 134 (hoy aparte 20 del artículo 21), el particular puede ejercer el recurso contencioso-administrativo contra ese acto concreto.

9° Que a partir del momento en que se notifica al interesado la resolución administrativa expresa de su recurso, comienza a correr el lapso general de caducidad de seis meses para el ejercicio del correspondiente recurso contencioso-administrativo; y

10° ***Que de no producirse nunca la decisión administrativa expresa, no podrá el interesado ejercer el recurso contencioso administrativo pasados los lapsos a que se refiere el artículo 134 de la L.O.C.S.J. (hoy aparte 20 del artículo 21 de la L.O.T.S.J.), invocando el silencio administrativo***". (Negrillas de la Sala)

3. *El sistema de silencio administrativo en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981)*

De lo anteriormente expuesto resulta que hasta 1982, en la Ley-Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, no se consagraba un verdadero "silencio administrativo" como acto, pues el silencio administrativo no tenía ningún efecto, ni positivo ni negativo; sólo tenía efectos procesales: permitir el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, es decir, permitía ejercer el recurso contra un acto administrativo que no causaba estado. En realidad, el acto que se iba a impugnar, conforme a lo previsto en el artículo 134, no era un tal acto presunto sino que el acto impugnado era el acto de un inferior que había sido recurrido en vía administrativa y cuyo recurso no había sido resuelto. Por tanto, del silencio, de acuerdo a la Ley de 1976, no se derivaba acto presunto ni tácito; no había declaración de voluntad de la Administración ni formal ni tácita; lo único que había era silencio, es decir, inacción, de lo cual no se derivaba acto alguno positivo o negativo. De allí que el objeto del recurso era el acto administrativo que no causaba estado. Por ello, el artículo 134 lo que había establecido era una excepción al principio de que el recurso contencioso procede contra el acto administrativo que agote la vía administrativa; excepción que se establecía en beneficio del particular, para evitar la indefensión derivada de la inacción de la Administración.

Este beneficio, en todo caso, lo que le abría al particular era una posibilidad de recurrir, pero no la obligación de recurrir. Por eso, el silencio no eximía a la Administración de su obligación de decidir, ni por el transcurso de los lapsos de beneficio la Administración perdía su derecho, potestad y competencia de decidir; podía decidir aun cuando el particular hubiera usado el beneficio del recurso[58]. No debe olvidarse que la Administración está obligada constitucionalmente a dar oportuna respuesta y esa obligación no se elimina porque se les haya dado a los particulares un beneficio de recurso.

Por otra parte, en cuanto a los requisitos del recurso de anulación con motivo del silencio, debe establecerse otra consideración: la ley establecía que este beneficio procedía sólo cuando no se decidiera un recurso administrativo que era intentado para agotar la vía administrativa.

Este recurso administrativo normalmente es el recurso jerárquico, pero podía tratarse también de un recurso de reconsideración, en aquellos casos previstos en la ley cuando se estableciera que el agotamiento en la vía administrativa se producía en un nivel inferior al superior jerárquico, mediante el recurso de reconsideración.

---

[58] Se insiste, por ello, que-el particular no tiene la obligación de acogerse al beneficio legal, y de intentar el recurso. Podría no hacerlo, y en ese caso, si bien pierde el beneficio por el transcurso del lapso, tendría que esperar que la Administración decida para, contra esa decisión, ejercer el recurso contencioso-administrativo. Pensamos que sólo en ese sentido puede interpretarse lo decidido por la Corte Suprema de Justicia en su auto de 1-3-78, en la siguiente forma: "Desde la vigencia de la nueva ley, los administrados no tienen que esperar indefinidamente que la Administración decida para ocurrir a la vía judicial, pero están obligados a interponer el recurso de nulidad dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que expiren los noventa días a que se refiere el artículo 136 de dicha ley, puesto que, a partir de esa fecha, empieza a correr contra ellos el respectivo lapso de caducidad, cuando el vencimiento de los noventa días ya referidos, el superior jerárquico no haya decidido o no haya comunicado al recurrente el resultado de su apelación...". "En consecuencia, los recursos intentados después de esta fecha —como ocurre con el interpuesto por el recurrente en su citado escrito—, son manifiestamente extemporáneos y, por tanto, inadmisibles y así debe declararlo la Corte, como, en efecto, lo hace en el presente caso, administrando justicia, en la Sala Político-Administrativa en nombre de la República y por autoridad de la Ley". Véase en *G.O.,* Nº 2.512 Extra, de 30-10-79. En ese caso la caducidad es sólo para acogerse al beneficio legal, por lo que vencido el lapso, si la Administración decide posteriormente, el recurso se abre normalmente.

Por último, debe señalarse que este beneficio procesal sólo procedía cuando intentado un recurso administrativo, éste no se decidía por la Administración. Por ello, el recurso no procedía cuando se trataba de solicitudes que no eran recursos y que no eran atendidas oportunamente por la Administración. En estos casos de inacción de la Administración no había recurso, ni garantía contencioso-administrativa, pues no había sido establecido con carácter general el efecto negativo o positivo del silencio.

Esta situación, sin embargo, fue modificada en 1982, con motivo de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la cual reguló con carácter general, el silencio administrativo, como productor de un acto administrativo presunto, razón por la cual el agotamiento de la vía administrativa, mediante un acto que causa estado tácitamente, abre la posibilidad de ejercer el recurso contencioso-administrativo[59].

En efecto, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1º de julio de 1981, entre las instituciones novedosas que estableció, está la del denominado *silencio administrativo negativo,* o en otras palabras, el establecimiento de una presunción de degeneración de la solicitud o recurso, cuando la Administración no resuelva expresamente en un lapso determinado.

En efecto, la Ley Orgánica, en su artículo 2º, concreta el derecho de petición establecido en el artículo 67 de la Constitución, y obliga a los funcionarios a decidir las instancias o peticiones, es decir, a dar oportuna respuesta a los administrados. A tal efecto, la Ley Orgánica prevé en varios de sus artículos, lapsos concretos dentro de los cuales deben resolverse por la Administración, las solicitudes y recursos. Sin embargo, estas previsiones, sin duda, no eran suficientes para garantizar la oportuna respuesta a que tienen derecho los administrados. Era necesario prever medios o garantías jurídicas de protección a los administrados contra el silencio de la Administración, el cual había sido incontrolado e incontrolable.

De allí que el artículo 4º de la Ley haya establecido la figura del silencio administrativo negativo, a cuyo efecto prevé lo siguiente:

> En los casos en que un órgano de la Administración Pública no resolviera un asunto o recurso dentro de los correspondientes lapsos, se considerará que ha resuelto negativamente, y el interesado podrá interponer el recurso inmediato siguiente, salvo disposición expresa en contrario. Esta disposición no releva a los órganos administrativos, ni a sus personeros, de las responsabilidades que les sean imputables por la omisión o la demora.

Ahora bien, esta norma requiere, en nuestro criterio, de una adecuada interpretación, dentro del contexto general de la Ley Orgánica. Esta, en efecto, es una Ley que regula, básicamente, un conjunto de derechos y garantías de los administrados frente a la Administración, por lo que el artículo 4º debe ser interpretado, también, en el sentido de haber consagrado una garantía más para los particulares, sin relevar a la Administración de su obligación fundamental: la de decidir los asuntos o recursos que cursan ante sus órganos. Esta aclaratoria, aunque elemental, parece necesario formularla, por la mala interpretador; que se le ha dado a dicha disposición, en el sentido de considerarla como un perjuicio para los administrados hasta el punto de llegar a afirmarse que con el artículo 4º de la Ley, vencidos los lapsos de decisión, se considera que ya existe una decisión denegatoria, y que, por tanto, no sólo el administrado no puede optar por esperar que la decisión expresa se produzca, sino que la Administración, después, no puede ya decidir, pues los funcionarios "para ese

[59] Véase Allan R. Brewer-Carías, "El sentido del silencio administrativo negativo en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos", *Revista de Derecho Público,* Nº 8, EJV, Caracas, 1981, pp. 27-34.

momento ya no tendrían competencia ni facultad para hacerlos"[60]. Al contrario, queremos insistir en que esa interpretación es errada y contraria al espíritu general de la Ley Orgánica, porque, primero, el silencio negativo, que establece lo hace exclusivamente como un beneficio para los administrados, y segundo, porque el silencio no exime a la Administración de su obligación de decidir.

A. *El silencio negativo como un beneficio de los administrados*

En efecto, en nuestro criterio, como ya lo hemos argumentado anteriormente[61], el único sentido que tiene la consagración del silencio administrativo negativo en la Ley Orgánica, como presunción de decisión denegatoria de la solicitud o recurso, frente a la indefensión en la cual se encontraban los administrados por la no decisión oportuna por la Administración de tales solicitudes o recursos, no es otro que el establecimiento de un beneficio para los particulares para, precisamente, superar esa indefensión. La norma del artículo 4º de la Ley Orgánica, por tanto, se ha establecido en favor de los particulares y no en favor de la Administración.

La primera consecuencia de este carácter de beneficio para el particular de la apertura del "recurso inmediato siguiente" contra el acto tácito denegatorio es que es potestativo para el interesado el utilizar o no el beneficio, el cual sólo puede beneficiarlo y nunca perjudicarlo. Es decir, introducida una solicitud o un recurso, y vencidos los lapsos impuestos por la Ley Orgánica, a la Administración, para decidirlos, el interesado tiene la posibilidad de intentar contra el acto tácito el recurso administrativo o contencioso-administrativo correspondiente. Pero la Ley Orgánica, en forma alguna, lo obliga a ello: el interesado tiene, así, una opción: o intenta el recurso inmediato, usando el beneficio del silencio, o simplemente, espera la decisión de la solicitud o recurso para intentar, posteriormente, el recurso que proceda, si la decisión expresa no lo favorece.

Por ello, la Ley Orgánica es clara al indicar en el artículo 4° que el interesado "podrá" intentar el recurso inmediato siguiente, y "poder", como se dijo, conforme lo indicado por la antigua Corte Federal en sentencia de 6-11-58, "es tener la facultad o el medio de hacer una cosa, y faculta, el derecho -no el deber, ni la obligación- de hacer una cosa"[62] .

Por tanto, al indicarse que "el interesado *podrá* intentar el recurso inmediato siguiente", la Ley Orgánica lo está facultando, le está dando el derecho de recurrir, pero no le está imponiendo la obligación de recurrir, ni le está diciendo que, de no hacerlo, caduca su recurso posterior. El beneficio previsto en la Ley Orgánica, por tanto, no puede convertirse en una carga para el interesado[63].

Ahora bien, no habiendo elemento alguno en la Ley Orgánica que permita interpretar el artículo 4º en perjuicio del administrado, es evidente que éste tiene, en dicho supuesto, una opción: o intenta el recurso inmediato contra el acto tácito denegatorio, o espera la decisión expresa de la solicitud o recurso por la Administración.

---

60 Véase Ricardo Sillery López de Ceballos, "Relativo a que el silencio frente a solicitudes a la Administración se presume denegatorio de la petición", en *El Universal,* Caracas, 20-2-82, pp. 1-4.

61 Véase Allan R. Brewer-Carías "Consideraciones sobre el silencio administrativo consagrado a los efectos del recurso contencioso-administrativo de anulación" en *Revista de Control Fiscal,* Nº 96, Caracas, 1980, pp. 11 y ss.; particularmente pp. 29 y ss.

62 Véase en *G.F.* Nº 22, Caracas, 1958, p. 133.

63 Véase Tomás Ramón Fernández, "Silencio negativo, Actos Firmes y actos confirmatorios" en *Revista de Administración Pública,* Nº 53, Madrid, 1907, pp. 284, 295 y 296; y S. Alvarez Gendin y Blanco, "Teoría del silencio administrativo" en *Estudios en Homenaje a Jornada de Pozas.* Tomo III, vol. I, Madrid, 1961, p. 144

Esta es, en todo caso, la clara y terminante consagración de la legislación española, la cual, para despejar dudas, deja al particular la opción, en virtud de que se ha establecido en su beneficio[64].

Por tanto, estando en manos del interesado la opción de recurrir en base al beneficio del silencio administrativo o esperar la decisión expresa de la solicitud o recurso, el transcurso del lapso para recurrir contra el acto tácito, n obtienen ningún efecto perjudicial en su contra[65]. Por tanto, si el particular interesado opta por no intentar el "recurso inmediato siguiente" derivado del silencio negativo, dentro de los lapsos correspondientes, debe esperar la decisión expresa del organismo, contra la cual, si le es adversa, podrá intentar el recurso inmediato siguiente dentro de los lapsos correspondientes contados a partir de la notificación del acto.

No hay duda, por tanto, que, en el sistema venezolano, la garantía establecida a favor del interesado con el silencio negativo, le permite optar por utilizar la vía de recurso correspondiente, o esperar la decisión final de la solicitud o recurso. Si opta por esta última alternativa, por supuesto, se abre el lapso de impugnación correspondiente contado a partir del momento en el cual se notifique el acto tácito al interesado[66]. Como consecuencia, puede afirmarse que el no ejercicio del recurso no implica, en forma alguna, que el acto tácito adquiera firmeza, o en otras palabras, que el silencio pueda producir un acto administrativo firme[67].

En definitiva, el silencio consagrado en nuestra Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, como el regulado en la legislación española, se ha establecido como un beneficio y favor de los administrados por lo que su tratamiento e interpretación tiene que responder a este criterio, lo cual impide que tal beneficio se convierta luego, en caducidad para el beneficio particular, sobre todo si la inacción es sólo imputable a la Administración[68].

B. *El silencio negativo no exime a la administración de su obligación de decidir*

Ahora bien, siendo el silencio administrativo negativo previsto en el artículo 4º de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, una garantía de defensa puesta a dispo-

---

64 Cfr. Eduardo García de Enterría, "Sobre silencio administrativo y recurso contencioso", en *Revista de Administración Pública,* Nº 47, Madrid, 1965, pp. 211, 212, 216, 219 y 222; Ángel González Rivero, "El silencio administrativo en el Derecho Español", en *Revista de Estudios de la Vida Local,* Nº 111, Madrid, 1960, p. 366.

65 Véase Fernando Garrido Falla, "La llamada doctrina del silencio administrativo", en *Revista de Administración Pública,* Nº 16, Madrid, 1955, pp. 114 y 115.

66 Véase Eduardo García de Enterría, "Sobre silencio...", *loc. cit.,* p. 216. Cfr. Tomás Ramón Fernández, "Silencio negativo...", *loc. cit.,* pp. 289 y 290; Rafael Gómez Ferrer, "Resoluciones tardías y conflicto de intereses privados" en *Revista de Administración Pública,* Nº 68, Madrid, 1972, pp. 188, 205, 207 y 219. Véase Jesús González Pérez, "El silencio administrativo y los interesados que no incoaron el procedimiento administrativo", en *Revista de Administración Pública,* Nº 68, Madrid, 1972, pp. 235 y 236.

67 Cfr. Tomás Ramón Fernández, "Repetibilidad de la impugnación jurisdiccional en caso de silencio negativo" en *Revista Española de Derecho Administrativo, Civitas,* Nº 11, Madrid, 1976, Nº 724; Jesús González Pérez, "El silencio administrativo en la nueva Ley de Procedimiento", en *Documentación administrativa,* Nos. 8-9, Madrid, 1958, p. 40; Rafael Gómez Ferrer, "Resoluciones tardías...", *loc. cit.,* p. 208; y Eduardo García Enterría, "Sobre silencio...", *loc. cit.,* p. 216. Véase Tomás Ramón Fernández-Rodríguez, "Silencio Negativo...", *loc. cit.,* pp. 285 y 286.

68 Por ello, con razón se ha señalado que "el silencio sólo es imputable a la Administración: el administrado es totalmente ajeno a su producción, ya que su intervención se limita a llamar sin obtener respuesta, apareciendo, por tanto, desde este punto de vista, como liberalizado de toda posible responsabilidad, derivada de una abstención ajena a su voluntad". Véase Juan Antonio Bolea Furadada, "El retraso de la Administración y el silencio administrativo", en *Revista de Administración Pública,* Nº 51, Madrid, 1960, p. 304

sición de los administrados frente a la inacción de la Administración, no encontramos elemento alguno en el ordenamiento jurídico que pueda permitir interpretar que el transcurso de los lapsos para que se produzca el acto tácito denegatorio, agota la competencia administrativa, eximiendo a la Administración de su obligación de decidir. Al contrario, constitucionalmente, de acuerdo al artículo 67 del texto fundamental, que recoge el artículo 2º de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la consecuencia del derecho de petición, es la obligación para la Administración de dar "oportuna respuesta", y de esta obligación, no puede eximirla ni la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos ni ninguna otra Ley. El silencio administrativo, por tanto, es una garantía para que aún sin decisión expresa, el interesado pueda defenderse y tener acceso, por ejemplo, a la jurisdicción contencioso-administrativa, y no un medio para que la Administración se libere de su obligación de decidir, la cual tiene, además, su fuente en la propia Constitución[69]. Por tanto, a pesar del transcurso de los lapsos que la Ley Orgánica impone a la Administración para decidir las solicitudes y recursos, "no sólo la Administración puede, sino que debe resolver expresamente; no sólo goza de competencia para actuar, y de facultad para hacerlo, sino que está obligada a ello; obligación que, incluso, puede dar lugar a la correspondiente responsabilidad"[70]. Y tan ello es así en nuestro ordenamiento jurídico, que la propia Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos impone, a la Administración y sus funcionarios la obligación de tramitar los escritos cuyo conocimiento les corresponda (Art. 39) y de resolver las instancias y peticiones que le dirijan los interesados (Art. 29); haciendo a los funcionarios responsables de las omisiones o demoras (Art. 4º). Por otra parte, el párrafo único del Art. 4º de la Ley Orgánica dispone que la reiterada demora en decidir que dé lugar a que los asuntos o recursos se consideren resueltos negativamente, es decir, que los particulares reaccionen por los recursos inmediatos subsiguientes contra la inacción de la Administración, acarrea responsabilidad disciplinaria hasta el punto que se considera un motivo de derecho, que provoca amonestación escrita conforme a la Ley de Carrera Administrativa, sin perjuicio de las multas que deben aplicarse conforme al articuló 100 de la propia Ley Orgánica.

Por tanto, la Administración Pública, al transcurrir el lapso previsto legalmente para que adopte su decisión, sin que el interesado use el beneficio e interponga el recurso inmediato siguiente, no pierde, en forma alguna, competencia para resolver, y sigue estando obligada a hacerlo, es decir, la Administración puede y debe resolver el asunto o recurso en cualquier tiempo posterior[71].

En nuestro sistema inclusive, puede sostenerse que no sólo la Administración no pierde competencia para decidir, por la obligación que tiene de dar oportuna respuesta a las solicitudes y recursos administrativos, sino que, en caso de silencio, y aún en el supuesto de que el interesado haya intentado el recurso inmediato siguiente, la Administración puede decidir tardíamente.

---

69 *Cfr*. Tomás Ramón Fernández R., "Silencio Negativo...", *loc. cit.,* p. 292; Fernando Garrido Falla, "La llamada doctrina del silencio...", *loc. cit.,* p. 111.

70 Véase Ángel González Rivero, "El Silencio Administrativo...", *loc. cit.,* p. 370.

71 Como hemos dicho, en esto está conforme la doctrina italiana y la española. Véase Ricardo Hernández Ibarra, *Notas sobre el silencio de la Administración Pública con particular referencia al silencioso rechazo en, materia de recursos jerárquicos,* Maracaibo, 1974, p. 74; Fernando Garrido Falla, "El silencio administrativo de la nueva ley...", *loc. cit.,* p. 368; Ángel González Rivero, "El silencio administrativo...", *loc. cit.,* p. 368; F. Garrido Falla, "La llamada doctrina del silencio...", *loc. cit.,* pp. 104 y ss. En contra está la jurisprudencia francesa: Véase Geneviéve Benozra, "Le silence d'Administration. Vicissitudes de la réglementation française", en *La Revue Administrative,* Nº 119, París, 1967, p. 546.

Si decide en beneficio del interesado, el superior jerárquico o el juez contencioso-administrativo, en su caso, no tendría materia sobre la cual decidir, y al contrario, si decide en contra de la pretensión del interesado, se acumularía al recurso intentado, la impugnación de la nueva decisión[72].

Como consecuencia de lo expuesto puede señalarse como conclusión respecto del sentido del silencio administrativo negativo en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, lo siguiente:

a. La figura del silencio administrativo negativo que acoge la Ley Orgánica, está configurada como una garantía a favor del administrado, para permitirle su defensa, mediante el ejercicio del recurso inmediato siguiente, contra el acto tácito derivado de la presunción denegatoria que provoca la inacción de la Administración.

b. La interpretación del artículo 4º de la Ley Orgánica, por tanto, debe hacerse siempre en beneficio del interesado, para cuyo beneficio se regula el silencio administrativo, y no en su perjuicio.

c. La posibilidad que se abre al particular de recurrir ante el silencio administrativo es eso, una posibilidad, facultad, derecho o garantía, y no una obligación y mucho menos una carga; y si el interesado decide no utilizar el beneficio procesal, puede optar, libre mente, por esperar la decisión expresa del asunto o recurso, en cuyo caso de producirse y no satisfacerse, sus pretensiones, puede intentar el recurso inmediato siguiente contra el nuevo acto.

d. Por el hecho de que transcurra el plazo del silencio administrativo sin que la Administración decida, y transcurra el lapso de caducidad para intentar el recurso inmediato siguiente previsto en beneficio del particular, no se puede pensar que el acto tácito haya adquirido firmeza.

e. Por el hecho de que transcurra el lapso señalado para que se produzca el silencio administrativo, no puede pensarse que se agotó la vía administrativa en el sentido de que la Administración perdió competencia para decidir posteriormente o que ya no tiene obligación de decidir. Al contrario, de acuerdo con el artículo 47 de la Constitución y el artículo 2º de la Ley Orgánica, la Administración está obligada a decidir los asuntos y recursos que se le sometan, es decir, está obligada a dar oportuna respuesta, por lo que, a pesar de que transcurran los lapsos de silencio administrativo y el particular no use el beneficio de ejercer el recurso inmediato siguiente que la Ley Orgánica le otorga, la Administración tiene el deber de decidir, para lo cual no puede considerarse que ha perdido competencia.

f. En muchos casos, particularmente de solicitudes formuladas ante la Administración, de nada vale para el particular presumir que por el transcurso del tiempo su solicitud se considere negada. Nada lo beneficia en esos casos, y ejercer el "recurso inmediato siguiente" es imposible por no conocerse los "motivos" del acto tácito. En esos casos, por tanto, y en virtud de que al particular lo que le interesa es que la Administración decida, y expresamente le conceda o niegue lo solicitado, su verdadera garantía sería el ejercicio de un recurso contra la abstención o negativa de la Administración en resolver, conforme a los artículos 41, ordinal 23 y 182, Ord. 19 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

---

72 *Cfr*. respecto al sistema italiano, Ricardo Hernández Ibarra, *op. cit.*, p. 81.

§ 27. El control de convencionalidad: desde el derecho constitucional hacia el derecho administrativo

I. EL DERECHO DEL ADMINISTRADO A RECURRIR

El derecho a la defensa puede decirse que encontró su formulación jurisprudencial histórica en el mundo moderno en el famoso caso *Dr. Bentley* decidido por una Corte inglesa en 1723, la cual resolvió que el Dr. Bentley, entonces *Chancellor* de la Universidad de Cambridge, no podía haber sido desprovisto de sus títulos o grados académicos sin habérsele informado previamente de los cargos formulados en su contra, y sin habérsele dado la oportunidad de responderlos.[1]

Para ello, como es bien conocido, el Juez Fortescue consideró tal derecho como un principio de *natural justice* que todas las leyes de Dios y del mundo reconocían, rememorando incluso que Dios mismo lo respetó cuando dictó su sentencia de expulsión de Adán del Paraíso, luego de haberlo llamado antes para que hiciera su defensa.[2] Por ello, Michael Stassionopoulos en su conocida tesis de grado precisamente sobre el tema del derecho a la defensa, concluyó diciendo que dicho derecho en realidad era "tan viejo como el mundo."[3]

Algo similar podríamos decir del control de convencionalidad[4] que ha adquirido tanta notoriedad en los últimos años en el mundo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, el cual, si bien no es tan viejo como el mundo, sí podemos considerar que en ese caso es tan viejo como la vigencia misma de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[5]

---

1 *V.,* E.C.S. Wade y G. Godfrey Philips, *Constitutional and Administrative Law*, London, 1981, p. 599.

2 *V., Dr. Bentley's case: The King v. The Chancellor, Ec, of Cambridge* (1723), Stra. 557. *Vid*. las referencias en *Cooper v. The Board of Works for Wandsworth District* (1863), 14.C.B. (n.s.) 180, en S. H. Bailey, C. A. Cross y J. F. Garner, *Cases and materials in Administrative Law*, London, 1977, pp. 348-351.

3 *V.,* Michael Stassinopoulos, *Le droit de la défense devant les autorités administratives*, París, 1976, p. 50.

4 *V.,* Ernesto Rey Cantor, *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, México, Editorial Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008; Juan Carlos Hitters, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación," en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 7, No. 2, 2009, pp. 109-128; Susana Albanese (Coordinadora), El control de convencionalidad, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2008; Eduardo Ferrer Mac-Gregor, "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional," en Fix-Zamudio, Héctor, y Valadés, Diego (Coordinadores), *Formación y perspectiva del Estado mexicano,* México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010, pp. 151-188; Eduardo Ferrer Mac-Gregor, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano," en *Derechos Humanos: Un nuevo modelo constitucional*, México, UNAM-IIJ, 2011, pp. 339-429; Carlos Ayala Corao, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 113 y ss. *V.,* además, Jaime Orlando Santofimio y Allan R. Brewer-Carías, *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2013; Allan R. Brewer-Carías, *Control de convencionalidad. Marco conceptual, antecedentes, derecho de amparo y derecho administrativo*, Ediciones Olejnik, 2019; y más recientemente, Jaime Orlando Santofimio, *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectoras*, Universidad Externado de Colombia, segunda edición 2018, 1284 pp., que es la más completa obra que sobre el tema se haya publicado.

5 *V.* Allan R. Brewer-Carías, "Algo más sobre el marco conceptual del control de convencionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos," en Jorge Fernández Ruiz (Coordinador), *Libro homenaje a la jurista Victoria Adato Green*, Universidad Nacional Autónoma de México-Facultad de Derecho,

Ese ha sido y es, precisamente, el control que usualmente ha realizado y realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus sentencias, cuando al juzgar las violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos cometidas por los actos u omisiones de los Estados, ha tenido que confrontar las normas de la misma con las previsiones del derecho interno, de manera que en los casos en los cuales ha encontrado que estas son contrarias o incompatibles con aquella, ha ordenado a los Estados realizar la corrección de la inconvencionalidad, por ejemplo modificando la norma cuestionada.[6]

Ese también ha sido el control que han ejercido y ejercen los jueces o tribunales nacionales cuando han juzgado la validez de los actos del Estado, al confrontarlos no sólo con la Constitución respectiva, sino con el elenco de derechos humanos y de obligaciones de los Estados contenidos en la Convención Americana, o al aplicar las decisiones vinculantes de la Corte Interamericana, decidiendo en consecuencia, conforme a sus competencias, la anulación de las normas nacionales o su desaplicación en el caso concreto.

En esta materia, en realidad, tanto a la Corte Interamericana como con los jueces nacionales puede decirse que les ocurrió algo similar a lo que se la atribuye a Jourdain, aquél personaje de la obra "El burgués gentilhombre" de Molière, quien al consultar al Filósofo en qué forma podía escribirle a una dama de quien estaba enamorado, que no fuera ni en prosa ni en verso, su interlocutor le explicó que sólo lo podía hacer en prosa o en verso, y nada más, frente a lo cual exclamó extrañado, "Mas de cuarenta años que hablo en prosa sin saberlo."

Y así fue en nuestro mundo de los derechos humanos, donde tuvieron que pasar casi cuarenta años desde que la Convención fuera suscrita (1969) para que gracias a la importante conceptualización efectuada en 2003 por el juez Sergio García Ramírez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se captara en sus propios contornos el control que la propia Corte y los jueces y tribunales nacionales venían ejerciendo con anterioridad.

En esta materia, por tanto, lo que realmente es nuevo, ha sido por una parte, la afortunada acuñación de un término como ha sido el de "control de convencionalidad,"[7] que Sergio García Ramírez propuso en su Voto razonado a la sentencia del caso *Myrna Mack*

México, 2013 pp. 67-94. *V.* en el mismo sentido, Karlos A. Castilla Juárez, "El control de convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso *Radilla Pacheco*," en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales), FUNDAp,* Querétaro, México 2012, pp. 83-84.

6 Por ello, el juez Eduardo Ferrer Mac Gregor ha señalado que el "control concentrado de convencionalidad" lo venía realizando la Corte IDH desde sus primeras sentencias, sometiendo a un examen de convencionalidad los actos y normas de los Estados en un caso particular." *V.,* su Voto razonado a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010 (Párr. 22), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf. También ha dicho con razón que "el control de convencionalidad constituye la razón de ser de la Corte Interamericana. *V.,* en Eduardo Ferrer Mac Gregor, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano," en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales), FUNDAp,* Querétaro, México 2012, p. 132.

7 Como lo ha destacado Juan Carlos Hitters, "Claro está que cuando se utiliza la terminología de control de convencionalidad, no se quiere decir que recién a partir del citado asunto la Corte IDH haya ejercido tal potestad, porque desde siempre el cuerpo hace una comparación entre ambos esquemas, destacando por supuesto la prioridad de la regla supranacional; lo que en verdad ha sucedido es que desde ese momento se utiliza tal fraseología." *V.,* Juan Carlos Hitters, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación," en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 7, No. 2, 2009, pp. 109-128.

Chang vs. Guatemala, de 25 de noviembre de 2003;[8] y por la otra, la clarificación de que dicho control de convencionalidad se efectúa en dos vertientes, dimensiones o manifestaciones, por un lado a nivel internacional por la Corte Interamericana, y por el otro, en el orden interno de los países, por los jueces y tribunales nacionales.[9] Estas dos vertientes las identificó Sergio García Ramírez distinguiendo entre "el control propio, original o externo de convencionalidad" que ejerce la Corte Interamericana, y el "control interno de convencionalidad" que ejercen los tribunales nacionales;[10] y Eduardo Ferrer Mac Gregor, distinguiendo entre el "control concentrado" de convencionalidad" que ejerce la Corte Interamericana, en sede internacional, y el "control difuso" de convencionalidad, a cargo de los jueces nacionales, en sede interna.[11]

Estas dos vertientes, en efecto, las detectó el propio Juez García Ramírez al año siguiente, en otro Voto razonado, esta vez a la sentencia del Caso *Tibi vs. Ecuador* de 7 de diciembre de 2004, cuando efectuó una comparación entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, considerando en cuanto a la función de la Corte Interamericana, que la misma se asemejaba a la de los tribunales constitucionales cuando juzgan la inconstitucionalidad de las leyes y demás actos normativos conforme a las reglas, principios y valores constitucionales; agregando que dicha Corte analiza los actos de los Estados que llegan a su conocimiento "en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa;" y que si bien "los tribunales constitucionales controlan la 'constitucionalidad', el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la 'convencionalidad' de esos actos."[12]

---

8 *V.,* Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf, donde se refirió al "'control de convencionalidad' que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional" (Párr. 27). *V.,* el comentario del propio Sergio García Ramírez sobre dicho voto y la evolución de su aporte al desarrollo de la noción en Sergio García Ramírez, "El control judicial interno de convencionalidad," en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales), FUNDAp,* Querétaro, México 2012, pp. 230 ss. *V.,* igualmente los comentarios a los criterios de García Ramírez en Karlos A. Castilla Juárez, "El control de convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso *Radilla Pacheco*," en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales), FUNDAp,* Querétaro, México 2012, pp. 87 y ss.

9 Algunos autores, sin embargo, niegan que existan estas dos vertientes en el control de convencionalidad, argumentando que el mismo está reservado a la Corte Interamericana, negando la posibilidad de que los jueces y tribunales nacionales lleven a cabo dicho control. Karlos A. Castilla Juárez, "El control de convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso *Radilla Pacheco*," en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales), FUNDAp,* Querétaro, México 2012, pp. 88 y ss.

10 *V.,* Sergio García Ramírez, "El control judicial interno de convencionalidad," en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales)*, FUNDAp, Querétaro, México 2012, pp. 213.

11 *V.,* Eduardo Ferrer Mac Gregor, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano," en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales), FUNDAp,* Querétaro, México 2012, p. 132.

12 Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia en el caso *Tibi Vs. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114 (Párr. 3), en http://www.corteidh. or.cr/docs/casos/articulos/seriec114_esp.pdf. Véanse los comentarios sobre las dos vertientes del control de convencionalidad en Víctor Bazan y Claudio Nash (Editores), *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad 2011*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, pp. 24, 59; y Víctor Bazán, "Estimulando sinergias: de diálogos jurisprudenciales y control de convencionalidad," en Eduardo Ferrer

Por otra parte, en cuanto al control de constitucionalidad que realizan los órganos jurisdiccionales internos, de acuerdo con lo expresado por el mismo García Ramírez, estos "procuran conformar la actividad del poder público –y, eventualmente, de otros agentes sociales– al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática," en cambio, "el tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la Convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía."[13]

A raíz de estas reflexiones quedó claro en el mundo internacional de los derechos humanos que bajo la misma denominación de "control de convencionalidad" se han venido ejerciendo dos tipos de controles, por dos tipos de órganos jurisdiccionales distintos ubicados en niveles diferentes, uno en el ámbito internacional y otros en el ámbito nacional, y con dos efectos jurídicos completamente distintos.

II. LAS DOS VERTIENTES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

En cuanto al control de convencionalidad ejercido por los jueces y tribunales nacionales, si bien desde hace décadas se había venía realizando en muchas jurisdicciones nacionales, fue luego de la conceptualización efectuada por el juez García Ramírez, y a partir de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* de 26 de septiembre de 2006,[14] cuando el término se acuñó en la jurisprudencia para identificar el control que ejercen dichos jueces cuando frente a normas nacionales que deban aplicar a casos concretos de los cuales conozcan, le dan prevalencia a las previsiones de la Convención Americana cuando aquellas normas nacionales le sean contrarias.

Este control ocurre, igualmente cuando los jueces nacionales aplican en el ámbito interno las sentencias vinculantes de la Corte Interamericana. Dicho control de convencionalidad, además, particularmente en países en los cuales la Convención tiene rango constitucional o forma parte del bloque de la constitucionalidad, los jueces nacionales pueden, según sus respectivas competencias, no sólo desaplicar sino incluso anular las normas internas contrarias a la Convención Americana.

En la citada sentencia *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* de 26 de septiembre de 2006, en efecto, la Corte Interamericana, después de aceptar que "los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico" de cada país, consideró sin embargo*,* que cuando los Estados respectivos han ratificado la Convención Americana, en virtud de que los jueces están sometidos a ella, eso los "obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos."[15]

Partiendo de esa premisa, la Corte Interamericana concluyó con su conocida afirmación de que "el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención

---

Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales), FUNDAp,* Querétaro, México 2012, pp. 14 ss.

13 Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia en el caso *Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114 (Párr. 4), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf.

14 *V.,* sentencia en el caso *Almonacid Arellano y otros v Chile* de 26 de septiembre de 2006, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.

15 *Ídem*., Párr. 124

Americana sobre Derechos Humanos," agregando, incluso que en esa tarea "el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana."[16]

Este control de convencionalidad, sin embargo, como hemos dicho, a pesar de la novedosa denominación introducida en 2006, se había ejercido con anterioridad por los tribunales nacionales en América Latina. Ello ocurrió, por ejemplo, en Venezuela, antes de que se iniciara el régimen autoritario que a partir de 1999 asaltó y se apoderó del Estado, incluyendo el Tribunal Supremo de Justicia y todos los tribunales de la República; cuando en la década de los setenta, los tribunales de instancia comenzaron a aplicar preferentemente la Convención Americana en relación con previsiones del derecho interno pocos años después de que la misma hubiera comenzado a entrar en vigor, con lo cual, por ejemplo pudieron cambiar, la interpretación jurisprudencial restrictiva que había sentado la antigua Corte Suprema de Justicia en 1970, que conducía en la práctica a la inadmisibilidad de la acción de amparo.

El artículo 49 de la Constitución de 1961 entonces vigente, en efecto había establecido el derecho de todas las personas a ser amparadas por los tribunales "en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, *en conformidad con la Ley*," frase ésta última de la cual dedujo la Corte Suprema que el ejercicio de tal derecho había quedado supeditado a lo que la ley estableciera. Ello, además, era lo que se deducía del texto de la Exposición de Motivos del proyecto de Constitución, donde al justificar la inclusión de la Disposición Transitoria (Quinta) que reglamentaba provisionalmente el derecho de *hábeas corpus*, se indicó que ello había sido "a fin de no dejar en suspenso" la eficacia del artículo en materia de libertad personal hasta la promulgación de la ley respectiva;[17] ley que sólo se sancionó en 1988.[18] Ello implicó que en los primeros lustros de vigencia de la Constitución, con excepción de la libertad personal, los demás derechos y garantías constitucionales carecieron de un efectivo instrumento de protección judicial.

Lo anterior, sin embargo, no fue obstáculo para que hacia finales de la década de los sesenta, algunos jueces de instancia comenzaran a admitir acciones de amparo para proteger otras libertades o garantías distintas de la libertad individual,[19] aplicando para ello, el

---

16 Para llegar a esta conclusión, la Corte Interamericana precisó que dicho control "tiene sustento en el principio de la buena fe que opera en el Derecho Internacional, en el sentido que los Estados deben cumplir las obligaciones impuestas por ese Derecho de buena fe y sin poder invocar para su incumplimiento el derecho interno, regla que se encuentra recogida en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre los Tratados." *Ídem*. Párr. 125.

17 *V.,* "Exposición de Motivos del Proyecto de Constitución" en *Revista de la Facultad de Derecho,* UCV, No. 21 Caracas, 1961, p. 381.

18 *V.,* Ley Orgánica de Amparo a los Derechos y Garantías Constitucionales en *Gaceta Oficial* No. 34060 de 27 de septiembre de 1988. Sobre esta Ley véanse los comentarios de Allan R Brewer-Carías y Carlos Ayala Corao, *Ley Orgánica de Amparo a los Derechos y Garantías Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, 6ª, ed., Caracas 2007.

19 Por sentencia del 13 de septiembre de 1968 del Juez Séptimo de Primera Instancia en lo Penal del Distrito Federal, confirmada por fallo de 4-10-68 de la Corte Superior Segunda en la Penal del Distrito Federal, se otorgó amparo a un ciudadano contra un acto administrativo que ordenó la detención de su automóvil en virtud de que el mismo no había sido importado regularmente al país. (*V.,* R. Escala Zerpa, *Recurso de Amparo contra arbitrariedad de Funcionario Público,* Caracas, 1968). Asimismo, con fecha 14 de abril de 1989 otro Juez de Primera Instancia en lo Civil del Distrito Federal, acordó recurso de amparo, confirmado por decisión de 14 de julio de 1969 de la Corte Superior Segunda en lo Civil y Mercantil del Distrito Federal, contra un acto de la Policía Técnica Judicial que detuvo a un particular y se le obligó a reconocer como padre de un menor y a pagar una pensión alimentaria. Estas decisiones, tomadas de referencias contenidas en la publicación periódica *Síntesis Jurídica* (Escritorio Santana Mujica) fueron comentadas por dicha publicación en los siguientes términos: "Como un paso formativo del lento avance de nuestro país hacia un eficiente estado de derecho, ha de apuntarse las iniciales sentencias, derivadas de jueces penales y civiles, donde se derrota la tesis restrictiva, que se sostuvo inicialmente de que

procedimiento previsto para el *hábeas corpus*, invocando incluso como antecedente la decisión del caso *Ángel Siri* de la Corte Suprema de Argentina dictada el 27 de diciembre de 1.957, en la cual, conforme al principio de la progresividad[20] se abrió el camino para la generalización de la acción de amparo.[21]

Ello sin embargo fue contrariado por la Corte Suprema de Justicia a finales de 1970,[22] al considerar en relación con la Disposición Transitoria Quinta constitucional, que "la protección de cualquier otro derecho –establecido o no en la Constitución– queda excluida del campo de aplicación de esa norma, por ser evidente la intención del constituyente de limitar su alcance al caso expresamente previsto por ella," calificando las decisiones que se habían venido adoptadas por jueces de instancia en lo penal amparando otros derechos distintos a la libertad personal, como una "extralimitación de atribuciones,"[23] y considerando al artículo 49 constitucional como de carácter programático, y por tanto, no aplicable directamente."[24]

---

el amparo no era aplicable en el país, pese a su consagración en la Constitución porque carecía de reglamentación. Ahora se sostiene que cualquier juez es competente para conocer y decidir el amparo, que el fallo dictado no tiene consulta, que la ausencia de procedimiento no impide la procedencia del amparo, porque la Constitución dice: "la falta de la ley reglamentaria en estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos." (Art. 50 CN), y se otorga ante cualquier acto público o privado, que desconozca, disminuya a menoscabe las garantías constitucionales." *V.,* además, Jesús R. Quintero "Recursos de Amparo, La cuestión central en dos sentencias y un voto salvado," en *Revista de la Facultad de Derecho,* No. 9, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1969-1970, pp. 157 a 206.

20 *V.,* lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías. "La reciente evolución jurisprudencial en relación a la admisibilidad del recurso de amparo," en *Revista de Derecho Público,* No. 19, Caracas, 1984, pp. 207 ss.

21 *V.,* la referencia al caso *Ángel Siri* en José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, La Ley, Buenos Aires, 1987, pp. 26 ss. y 373 ss.; Alí Joaquín Salgado, *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 5; Néstor Pedro Sagües, *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*, Volumen 3, 2ª Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, pp. 9 ss.

22 En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 11 de noviembre de 1970, en *Gaceta Oficial* No. 1.447, Extraordinaria de diciembre de 1970, pp. 27 y 28, ya se vislumbra la interpretación que posteriormente se adoptaría: "A diferencia de otras situaciones en relación a las cuales el Congreso, aún no ha determinado por Ley, cuál es el juez competente y el procedimiento a seguir a fin de obtener amparo judicial..."

23 *V.,* sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 14 de diciembre de 1970 en *Gaceta Oficial* No. 29.434 de 6 de febrero de 1971 pp. 219.984 y 219.985, y en *Gaceta Forense,* No. 70, 1970, pp. 179 ss. Esta decisión fue ratificada por sentencia de la misma Corte de 26 de abril de 1971 en *Gaceta Oficial* No. 1.478, Extraordinaria de julio de 1971, p. 31; y por Acuerdo de 24 de abril de 1972 en *Gaceta Oficial* No. 29.788 de 25 de abril de 1972, p. 222.865. El criterio de la Corte había sido también el de la Procuraduría General de la República. *V.*, *Doctrina Procuraduría General de la República* 1970. Caracas 1971, pp. 37 ss.

24 La Corte dijo: "no es una norma directa e inmediatamente aplicable por los jueces, sino un precepto programático, sólo parcialmente reglamentada para la fecha en que la Constitución fue promulgada, y dirigido particularmente al Congreso, que es el órgano al cual compete la reglamentación de las garantías constitucionales, en conformidad con los artículos 136, ordinal 24, y 139 de la Constitución. Tal es la interpretación que da la Corte al artículo 49 al analizar sus previsiones aisladamente con el fin de desentrañar la mente del constituyente del lenguaje usado por éste para expresar su voluntad. Pero esta interpretación gramatical se robustece con la observación adicional de que el constituyente se habría abstenido de regular el procedimiento de *hábeas corpus,* si hubiera considerado que para hacer efectivo el amparo bastaba lo dicho en el artículo 49 respecto al procedimiento, no siendo indispensable su reglamentación legal para determinar el fuero competente y el modo de proceder." De consiguiente, agregó la Corte.: "el constituyente supone la existencia de una ley anterior al hecho o acto que afecte el derecho cuya protección se solicite; que autorice a determinados jueces para obrar en el sentido que pretenda el actor; y que establezca un procedimiento adecuado a la finalidad que se persiga. Dado el número y variedad de las situaciones jurídicas, en que pueda estar comprometido un derecho o una garantía constitucional, era forzoso que el constituyente dejara al legislador ordinario la potestad de establecer las reglas conforme a las cuales los tribunales deben amparar el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, teniendo en cuenta no sólo las previsiones ya existentes que es necesario apreciar para atribuir a un determinado tribunal el conocimiento de un asunto, y establecer el procedimiento a seguir en cada situación." *V.,* la sentencia de la Corte Suprema de

A esa interpretación que había sido sentada en una sentencia aislada, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, incluso, le dio una aplicación general al dictar un "Acuerdo" de 24 de abril de 1972 conforme a las potestades reglamentarias que le otorgaba el artículo 138 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el cual precisó que:

> "la competencia de los Tribunales de Primera Instancia y Superiores en lo Penal de la República, a que se refiere la Disposición Transitoria Quinta de la Constitución, se limita exclusivamente al conocimiento del recurso de *hábeas corpus* previsto en dicha norma; y que en consecuencia, toda decisión que no esté apoyada en la competencia específica de dichos Tribunales o que invada la atribuida por la Constitución y las Leyes, a otros órganos judiciales, constituye una usurpación o extralimitación de atribuciones."[25]

En esta forma quedó en general fuera de la competencia de los tribunales penales el poder conocer de acciones de amparo respecto de derechos cuyo conocimiento no formase parte de su competencia específica. Como el Acuerdo no consideró que fuera indispensable que para que una acción de amparo pudiera ser interpuesta ante otros tribunales fuera necesaria la sanción de una ley previa que regulara expresamente la acción, después de que Venezuela ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1977 (e igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en 1978, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el mismo año 1978), los tribunales comenzaran a admitir acciones de amparo en virtud de la consagración en esos instrumentos internacionales (por ejemplo, el artículo 25.1 de la Convención Americana), del derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los Tribunales competentes que lo amparen contra actos que violen los derechos humanos.[26]

Fue con base en estos antecedentes, cuando pocos años después comenzó a modificarse la rigidez interpretativa que en materia de la admisibilidad de las acciones de amparo se había enunciado en 1970, lo que se produjo con una sentencia de un juzgado civil de instancia de 24 de noviembre de 1982 (*Caso Rondalera),*[27] *en la cual se admitió una acción de amparo para la protección del derecho a la educación. Si bien al final en primera instancia se declaró sin lugar la acción, una vez apelada la sentencia, el Juzgado Superior competente en cambio decretó el amparo solicitado mediante* sentencia de 10 de febrero de 1983,[28] para lo cual, al referirse al problema de la competencia, señaló:

> "el mandato del Constituyente de amparar está dirigido a todos los Jueces, y que si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha definido la incompetencia de los Tribunales Penales para conocer de juicios de amparo distintos a las que tengan por objeto la privación o restricción de la libertad humana, pues de ellos corresponde conocer a la Jurisdicción Penal con exclusividad, persiste en cuanto al recurso de amparo la competencia genérica que establece el artículo 49 de la Constitución, lo que hace competente a dicho Tribunal, como tribunal civil para conocer en primer grado de este recurso de amparo que evidentemente pretende obtener la protección de un derecho civil como son el de educar, mediante el ejercicio de la actividad docente y el de recibir educación en plantel escogido por los padres."[29]

Justicia en Sala Político Administrativa de 14 de diciembre de 1970 en *Gaceta Forense*, No. 70, Caracas 1970, pp. 179 ss.

25 *V.,* el texto en *Gaceta Oficial* No. 29.788 de 25 de abril de 1972. *V.,* así mismo en la revista *Ministerio Público,* No. 19, Caracas 1972, pp. 105-107.

26 *V.,* en *Gaceta Oficial* No. 31.256 de 14 de junio de 1977 y No. 2.146 Extra, de 28 de enero de 1978.

27 *V.,* René Molina Galicia, *El Amparo a Rondalera,* Ediciones, Síntesis Jurídica, Caracas, 1984, p. 80.

28 *Idem,* pp. 106 a 169.

29 *Idem,* pp. 152 a 163.

El Tribunal Superior, para llegar a esta conclusión, al referirse a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 1970, puntualizó, además, que después de 21 años de vigencia de la Constitución de 1961, y a pesar de que no se había "reglamentado *ese recurso efectivo, rápido y eficaz,* para desentrañar las violaciones," salvo el amparo de la libertad personal y las restricciones de que ella pueda ser objeto, mediante el *Hábeas Corpus, ya eran:*

> "leyes vigentes en Venezuela los Tratados Internacionales cuya normativa transcribimos en materia de derechos humanos, políticos, civiles y penales, la que nos lleva a la conclusión de que la situación jurídica en Venezuela no es la misma de 1970, y la jurisprudencia favorable a la admisión a la acción de amparo a nivel de instancia se ha incrementado con los problemas de competencia, por ser llevados a la jurisdicción penal, aun cuando se trate de materias civiles, por la experiencia que se reconoce a dicha jurisdicción en el manejo de *Hábeas Corpus."*[30]

Esta puede considerarse, en Venezuela, como el antecedente remoto del control de convencionalidad que permitió, con base en las disposiciones de la Convención Americana, que se generalizara la admisión de las acciones de amparo aún sin que se hubiese dictado la ley que la regulara; interpretación que fue luego acogida por la propia Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, al decidir sobre una acción de amparo que había sido intentada por un candidato presidencial contra una decisión del Consejo Supremo Electoral que limitaba el derecho a realizar propaganda electoral en condiciones de igualdad. Se trató del caso *Andrés Velázquez* decidido mediante sentencia de 20 de octubre de 1983,[31] en el cual se admitió la posibilidad del ejercicio de acciones de amparo para la protección de derechos distintos al de *hábeas corpus,* al considerar que el carácter programático del artículo 49 de la Constitución, había quedado superado "desde el momento en que por Ley se habían aprobado Convenciones Internacionales sobre derechos humanos que exigían la garantía del amparo."

Se admitió así la acción de amparo en Venezuela, con base en el control de convencionalidad que realizó la Corte Suprema, exigiéndole sin embargo a los tribunales de instancia que ejercieran la competencia en la materia con prudencia "tratando de suplir *por* medio de la analogía y demás instrumentos de interpretación de que los provee el sistema jurídico venezolano, la lamentable ausencia de una ley reglamentaria de la materia," precisando que debían conocer de los "recursos de amparo de acuerdo con la afinidad que con su competencia natural tengan los derechos que se pretendan vulnerados."[32]

Posteriormente, en forma más directa, e igualmente en materia de admisibilidad de la acción de amparo en ausencia de previsiones constitucionales y legales, mediante un control de convencionalidad y en aplicación de la Convención Americana, en 1999 se admitió la acción de amparo en la República Dominicana, donde hasta esa fecha no se había admitido por falta de reglas de procedimiento relativas al amparo, incluyendo normas legales atributivas de competencia judiciales para conocer de la acción. Se trató de la sentencia del caso *Productos Avon S.A* dictada por la Corte Suprema el 24 de febrero de 1999 con motivo de un amparo ejercido contra una decisión judicial por violación de derechos laborales, que admitió la acción en ausencia de disposiciones constitucionales o legales sobre la mis-

---

30 *Idem,* p. 149.

31 *V.,* en *Revista de Derecho Público,* No. 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1983, pp. 169 y 170. *V.,* el comentario sobre esta sentencia del Magistrado ponente del fallo, René De Sola, "El Recurso de Amparo en Venezuela" en *Revista SIC,* No. 472, Caracas, febrero 1985, pp. 74 ss.

32 *Idem,* p. 170.

ma, prescribiendo incluso las normas de procedimiento aplicables,[33] declarando para tal fin que "el recurso de amparo previsto en el artículo 25,1 de la Convención Americana de Derechos Humanos de San José, Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969, es una institución de derecho positivo dominicano, por haber sido adoptada y aprobada por el Congreso Nacional, mediante Resolución No. 739 del 25 de diciembre de 1977, de conformidad con el artículo 3, de la Constitución de la República."[34]

Esta sentencia de la Corte Suprema de la República Dominicana fue también un claro ejemplo de control de convencionalidad contra la omisión legislativa, admitiéndose la acción de amparo para la protección de los derechos humanos de acuerdo con lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Antes, sin embargo, la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela, como Jurisdicción Constitucional, también había ejercido el control de convencionalidad al anular diversas disposiciones legales basando su decisión en la violación de los derechos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, considerados, de acuerdo con lo establecido en el artículo 50 de la Constitución de 1961 (equivalente al artículo 22 de la Constitución de 1999), como "derechos inherentes a la persona humana."[35]

---

33 El caso se desarrolló como sigue: 1. La empresa demandante alegó que la decisión judicial del tribunal laboral había violado su derecho a ser juzgado por el juez natural, a cuyo efecto solicitó a la Corte Suprema que: primero, declarara en su sentencia que el amparo debía considerarse como una institución dominicana de derecho público; y segundo, que la Corte Suprema, de acuerdo con las disposiciones de la Ley Orgánica Judicial que le atribuye a la Corte el poder de resolver sobre el procedimiento aplicable en caso de que no exista uno legalmente prescrito, disponiendo las normas respectivas, que en consecuencia estableciera dichas normas en relación con los recursos de amparo. Adicionalmente, el recurrente solicitó a la Corte que dictara una medida cautelar suspendiendo los efectos de la sentencia laboral impugnada mientras durase el juicio de amparo. 2. La Corte Suprema, a los efectos de decidir, estableció el criterio que los tratados internacionales invocados por el recurrente, particularmente los artículos 8 y 25,1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, eran parte del derecho interno de la República Dominicana, y tenían la finalidad de garantizar la protección judicial de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, en la ley y en la indicada Convención, contra todo acto violatorio de dichos derechos, cometido por cualquier persona actuando o no en el ejercicio de funciones públicas, por lo que incluso se admitía contra actuaciones de particulares. En este aspecto, la Corte Suprema resolvió que: "Contrariamente a como ha sido juzgado en el sentido de que los actos violatorios tendrían que provenir de personas no investidas con funciones judiciales o que no actúen en el ejercicio de esas funciones, el recurso de amparo, como mecanismo protector de la libertad individual en sus diversos aspectos, no debe ser excluido como remedio procesal específico para solucionar situaciones creadas por personas investidas de funciones judiciales ya que, al expresar el artículo 25.1 de la Convención, que el recurso de amparo está abierto a favor de toda persona contra actos que violes sus derechos fundamentales, "aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales," evidentemente incluye entre éstas a las funciones judiciales ." Igualmente, la Corte resolvió que la vía del amparo: "Queda abierta contra todo acto u omisión de los particulares o de los órganos o agentes de la administración pública, incluido la omisión o el acto administrativo, no jurisdiccional. Del poder judicial, si lleva cualquiera de ellos una lesión, restricción o alteración, a un derecho constitucionalmente protegido. *V.,* en *Iudicum et Vita, Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, No. 7, T. I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Diciembre 2000 p. 329 y ss. Véanse los comentarios a dicha sentencia en Allan R. Brewer-Carías, "La admisión jurisprudencial de la acción de amparo en ausencia de regulación constitucional o legal en la República Dominicana," *Idem*, pp. 334 ss.; y en *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José 2000, pp. 95-102.

34 *V.,* en en *Iudicum et Vita, Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, No. 7, T. I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, diciembre 2000 p. 333

35 *V.,* Allan R. Brewer-Carías, "La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela," en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antonorzi (Coordinadores), *Direitos Humanos, Democracia e Integracao Jurídica na América do Sul*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro 2010, pp. 661-701

Así ocurrió, por ejemplo, en 1996, cuando la antigua Corte Suprema de Justicia, al decidir la acción popular de inconstitucionalidad que se había intentado contra la Ley de División Político Territorial del Estado Amazonas por no haberse respetado los derechos de participación política de las comunidades indígenas que debieron haber sido consultadas, resolvió que siendo dicho Estado de la federación venezolana mayormente poblado por dichas comunidades, la sanción de dicha Ley sin previamente haberse oído la opinión de las mismas, mediante consulta popular, significó la violación del derecho constitucional a la participación política, el cual aún cuando no estaba expresamente enumerado en la Constitución de 1961, fue considerado como inherente a la persona humana, como un "principio general de rango constitucional en una sociedad democrática," aplicando la cláusula abierta del artículo 50 constitucional y además, la Convención Americana de derechos Humanos.[36] Para ello, la Corte decidió que en el caso había ocurrido una violación a los derechos constitucionales de las minorías establecidos en la Constitución y en los tratados y convenciones internacionales, en particular, al derecho a la participación política en el proceso de elaboración de leyes.

El año siguiente, en 1997, la misma antigua Corte Suprema de Venezuela dictó otra importante decisión, en este caso anulando una ley nacional, la llamada Ley de Vagos y Maleantes, por considerarla inconstitucional por violación de las garantías judiciales y al debido proceso, basándose de nuevo en el "proceso de constitucionalización de los derechos humanos de acuerdo con el artículo 50 de la Constitución," y considerando que dicha ley "vulnera *ipso jure*, Convenciones Internacionales y Tratados, sobre los derechos del hombre, en la medida en que dichos instrumentos adquieren jerarquía constitucional." La Corte en efecto, consideró a la ley impugnada como infamante, al permitir detenciones ejecutivas o administrativas de personas consideradas como vagos o maleantes sin garantía alguna del debido proceso, basando su decisión en el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual consideró que "se ha incorporado a nuestro Derecho Interno como norma ejecutiva y ejecutable reforzada por la jurisprudencia, la cual le ha dado el carácter de parámetro de constitucionalidad. Ello entraña la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico interno del régimen previsto en convenciones internacionales." La Corte consideró que la ley impugnada era inconstitucional en virtud de que omitía las garantías de un juicio justo establecidas en los artículo 7 y 8 de la Convención Americana y en los artículos 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y porque además era discriminatoria, violando el artículo 24 de la misma Convención Americana, cuyo texto íntegro se transcribió en la sentencia.[37] Se trató, sin duda, de un ejemplo claro de control de convencionalidad ejercido por la jurisdicción Constitucional interna.

---

36 *V.,* sentencia de 5 de diciembre de 1996, caso: *Antonio Guzmán, Lucas Omashi y otros*, en *Revista de Derecho Público*, No. 67-68, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 1996, pp. 176 ss. *V.,* sobre ello, Allan R. Brewer-Carías, "La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela," en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antonorzi (Coordinadores), *Direitos Humanos, Democracia e Integraçao Jurídica na América do Sul*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro 2010, pp. 661-701; Carlos Ayala Corao, "El diálogo jurisprudencial entre los Tribunales internacionales de derechos humanos y los Tribunales constitucionales," Boris Barrios González (Coordinador), *Temas de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano*, Memorias I Congreso Panameño de Derecho Procesal Constitucional y III Congreso Internacional Proceso y Constitución, Panamá 2012, pp. 180-181.

37 *V.,* sentencia de 6 de noviembre de 1997, en *Revista de Derecho Público* No. 71-72, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1997, pp. 177 y ss. *V.,* Allan R. Brewer-Carías, "La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela," en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antonorzi (Coordinado-

III. EL DESARROLLO CONCEPTUAL DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD PARA EL CONTROL DEL ORDEN NORMATIVO INTERNO

En todo caso, esa tendencia de desarrollo del control de convencionalidad del orden normativo interno realizado por los jueces nacionales, como se dijo, fue la que encontró su definición conceptual expresa en la sentencia antes mencionada de la Corte Interamericana, dictada en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* de 26 de septiembre de 2006, cuyo contenido ha sido reiterado en otras decisiones posteriores como, por ejemplo, las dictadas en los casos.[38]

En el citado caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú* de 2006, en efecto, sobre el control de convencionalidad, la Corte Interamericana reiteró lo que antes había expuesto en el sentido de que:

> "Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin."

Agregando que en esos casos:

> "los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad *ex officio*, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes."[39]

De acuerdo con estas definiciones conceptuales el control de convencionalidad se concibe en el orden interno por la Corte Interamericana, como una tarea asignada básicamente al "Poder Judicial" en general, es decir, a los "jueces y tribunales internos" sin distinción alguna, e independientemente de las regulaciones que puedan existir en materia de control de constitucionalidad en cada país, siendo este quizás el dato de mayor interés a retener de dicha definición por las repercusiones que conlleva.

Como lo dijo con toda precisión el juez Eduardo Ferrer Mac Gregor en su Voto razonado al caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 2010, el control de convencionalidad en el ámbito interno "convierte al juez nacional en juez internacional: en un primer y

---

res), *Direitos Humanos, Democracia e Integracao Jurídica na América do Sul*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro 2010, pp. 661-701. Carlos Ayala Corao, "El diálogo jurisprudencial entre los Tribunales internacionales de derechos humanos y los Tribunales constitucionales," en Boris Barrios González (Coordinador), *Temas de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano*, Memorias I Congreso panameño de Derecho Procesal Constitucional y III Congreso Internacional Proceso y Constitución, Panamá 2012, pp. 181-182

38 *V.,* por ejemplo, las sentencias en los casos *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú* de 24 de noviembre de 2006; *La Cantuta vs. Perú* de 29 de noviembre de 2006 (Párr. 173); *Boyce y otros vs. Barbados de* 20 de noviembre de 2007 (Párr. 78); *Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes v. Guatemala*" de 9 de mayo de 2008, (Párr. 63); *Heliodoro Portugal vs. Panamá de* 12 de agosto de 2008 (Párr. 180); *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos de* 23 de noviembre de 2009 (Párr. 339); *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia de* 26 de mayo de 2010 (Párr. 208, nota 307); *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* de 24 de agosto de 2010; *Fernández Ortega y Otros vs. México* 30 de agosto de 2010); *Rosendo Cantú y Otra vs. México de* 31 de agosto de 2010 (Párr. 219); *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia de* 1º de septiembre de 2010 (Párr. 202); *Vélez Loor vs. Panamá de* 23 de noviembre de 2010 (Párr. 287); *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil de* 24 de noviembre de 2010 (Párr. 106), y *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010 (Párr. 225).

39 *V.,* sentencia en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú* de de 24 de noviembre de 2006 (Párr. 128), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articu los/seriec_158_esp.pdf

auténtico guardián de la Convención Americana…Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional."[40]

Por ello, como también lo expresó Ferrer Mac Gregor en su Voto razonado al mismo caso:

> "no existe duda de que el "control de convencionalidad" debe realizarse *por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales*, incluyendo, por supuesto, a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los veinticuatro países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 32 y con mayor razón de los veintiún Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, 33 de un total de treinta y cinco países que conforman la OEA."[41]

Esto significa entonces que, conforme a la doctrina de la Corte Interamericana, el control de convencionalidad corresponde ser ejercido en el ámbito interno por todos los jueces y tribunales, sin distingo, lo que implica:

En *primer lugar*, que se ejerce en las Jurisdicciones Constitucionales. Es decir, por una parte, por todos los Tribunales Constitucionales donde estos existan, estén estos ubicados dentro del Poder Judicial (Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, República Dominicana) o fuera del mismo (Chile, Perú), e independientemente de que ejerzan el control concentrado de constitucionalidad en forma exclusiva (Bolivia, Chile,) o combinado con el método difuso (Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, República Dominicana); y por la otra, a las Cortes Supremas de Justicia cuando estén configuradas como tal Jurisdicción Constitucional, sea que ejerzan el control concentrado a través de una Sala Constitucional (Costa Rica, El Salvador, Honduras, Paraguay, Venezuela) o en Pleno (Brasil, México, Nicaragua, Panamá, Uruguay), e independientemente de que ejerzan dicho control de constitucionalidad concentrado en forma exclusiva (Costa Rica, El Salvador, Honduras, Panamá. Paraguay y Uruguay) o combinado con el método difuso (Venezuela, Nicaragua,).

En *segundo lugar*, que corresponde a todos los jueces y tribunales (incluyendo las Cortes Supremas) que en el orden interno ejerzan un control difuso de la constitucionalidad, sea que se trate de la única forma de control de constitucionalidad existente en el país (Argentina) o que lo ejerzan en forma combinada con el método concentrado (Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, Nicaragua, México, República Dominicana y Venezuela).

---

40 *V.,* Eduardo Ferrer Mac Gregor, Voto razonado a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010 (Párr. 24), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf. *V.,* en igual sentido, Eduardo Ferrer Mac Gregor, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano," en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales), FUNDAp,* Querétaro, México 2012, p. 141. *V.,* Néstor Pedro Sagües, "El 'control de convencionalidad' en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo," en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales), FUNDAp,* Querétaro, México 2012, p. 428.

41 *V.,* Eduardo Ferrer Mac Gregor, Voto razonado a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010 (Párr. 20, 23), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf. En el mismo Voto razonado, el juez Ferrer Mac-Gregor agregó que "la doctrina del "control difuso de convencionalidad" establecida por la Corte IDH tiene como destinatarios *a todos los jueces nacionales*, que deben ejercer dicho "control" con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de competencia que la normatividad interna les otorgue." *Ídem*, Párr. 33. *V.,* igualmente en Eduardo Ferrer Mac Gregor, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano," en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales), FUNDAp,* Querétaro, México 2012, p. 139

Y en *tercer lugar*, que corresponde a todos los jueces y tribunales aun cuando en el orden interno no tengan asignado el ejercicio del control difuso de constitucionalidad (Bolivia, Chile, Costa Rica, Panamá, Honduras, Paraguay, Uruguay), pues en definitiva, si bien se pueden establecer semejanzas entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad,[42] se trata de dos procesos distintos, de manera que en ningún caso se puede considerar al control de convencionalidad como un control de constitucionalidad, particularmente porque cuando se ejerce en el orden interno, su fuente no se encuentra en la Constitución de los respectivos países, sino en la Convención Americana como integrante que es del bloque de la constitucionalidad.

Por otra parte, por lo que respecta al control de convencionalidad ejercido en el ámbito internacional por la Corte Interamericana, las sentencias nunca tienen efectos ni anulatorios ni invalidatorios como resultado del mismo, limitándose la Corte Interamericana a ordenar al Estado cuyas normas han infringido los derechos garantizados en la Convención, a adoptar las medidas necesarias para reformar sus normas internas para adecuar los preceptos legales a lo establecido en la Convención, incluso las de orden constitucionales,[43] como sucedió en casos decididos por la Corte Interamericana respecto de Chile y Trinidad,[44] y proceder a dejar sin efecto los actos Estatales lesivos.

Esta adecuación, como lo destacó la Corte Interamericana en la sentencia del caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá* de 12 de agosto de 2008, implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber:

> "i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio; y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías."[45]

Esta obligación de los Estados puede implicar incluso la de adaptar y modificar la propia Constitución como se decidió por la Corte Interamericana en la sentencia del caso *La Ultima Tentación de Cristo* de 2001. En dicha sentencia, la Corte Interamericana entendió que "la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana, considerando que en dicho caso, dicha responsabilidad internacio-

---

42 *V.,* Karlos A. Castilla Juárez, "El control de inconvencionalidad. Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso *Radilla Pacheco*," en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales), FUNDAp,* Querétaro, México 2012, p. 337.

43 *V.,* Néstor Sagüés, *El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones Nacionales,* La Ley, 2009-B, p. 761; y Víctor Bazán y Claudio Nash (Editores), *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad 2011*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, pp. 33, 78; Humberto Noguera Alcalá, "Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris interamericano*. Para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales," en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales), FUNDAp,* Querétaro, México 2012, p. 337.

44 *V.,* Ernesto Rey Cantor, "Controles de convencionalidad de las leyes," en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales), FUNDAp,* Querétaro, México 2012, p. 412.

45 *V.,* la sentencia en el caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186 (Párr. 180-181), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf. *V.,* el comentario en Juan Carlos Hitters, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación," en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 7, No. 2, 2009, pp. 109-128

nal del Estado chileno "se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial." Fue en virtud de ello, que además de declarar la violación al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos y otros, decidió "que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo," y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto."[46]

Otro ejemplo destacado que debe mencionarse fue la sentencia en el caso *Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005[47] en la cual la Corte Interamericana, consideró que una norma (art. 201) del Código Penal de Guatemala que permitía la pena de muerte en determinadas circunstancias, infringía la prohibición de privación arbitraria de la vida establecida en el artículo 4.1 y 4.2 de la Convención, razón por la cual ordenó al Estado guatemalteco que debía reformar el artículo 201 del Código Penal, que en la reforma el Estado "en ningún caso, ampliará el catálogo de delitos sancionados con la pena capital previsto con anterioridad a la ratificación de la Convención Americana," y que mientras ello ocurría el Estado debía "abstenerse de aplicar la pena de muerte y ejecutar a los condenados por el delito de plagio o secuestro exclusivamente."[48]

En sentido similar, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010,[49] la Corte Interamericana al constatar que el Estado mexicano había violado el derecho a la protección judicial previsto en el artículo 25.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, declaró que el artículo 57 del Código de Justicia Militar era incompatible con la Convención Americana, ordenando al Estado "adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana, de conformidad con lo establecido en esta Sentencia."[50]

IV. EL NECESARIO DESLINDE ENTRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Por todo ello, en mi criterio, el desarrollo del control de convencionalidad en la doctrina establecida por la Corte Interamericana, no supedita ni puede supeditar dicho control

---

46 *V.,* sentencia en el caso *"La Última Tentación de Cristo" [Olmedo Bustos y otros] Vs. Chile*, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73 (Párr. 103.4), en http://www.corteidh.or.cr /docs/casos/articulos/Seriec_73_esp. Pdf. Igualmente se destaca la sentencia de la Corte Interamericana en caso *Caesar vc. Trinidad* de 11 de marzo de 2005. *V.,* en comentario en Ernesto Rey Cantor, "Controles de convencionalidad de las leyes," en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales), FUNDAp,* Querétaro, México 2012, pp. 412-413.

47 *V.,* sentencia en el caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 133, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_133_esp.pdf

48 *Ídem*, Párr. 132.

49 La Corte citó en apoyo las sentencias dictadas en los casos *Radilla Pacheco vs. México* de 23 de noviembre de 2009, (Párr. 341 y 342) en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/ seriec_209_esp.pdf; *Fernández Ortega y otros. vs. México*, (Párr. 238 y 239), y *Rosendo Cantú y otra vs. México*, de 30 de agosto de 2012 (Párr. 221 y 222) en http://www.corteidh. or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf .

50 *V.,* sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010 (Párr. 234), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/ar ticulos/seriec_220_esp.pdf

a la existencia de un determinado sistema de justicia constitucional que se pueda haberse desarrollado en cada país, siendo indispensable establecer el deslinde entre ambos sistemas de control.[51]

Por ello consideramos, por ejemplo, que en los países en los cuales no existe un control difuso de la constitucionalidad, nada impide que los jueces y tribunales a los cuales se aplica directamente las previsiones de la Convención Americana no puedan ejercer el control difuso de convencionalidad. Tal es el caso, por ejemplo, en los países en los cuales existen sistemas de justicia constitucional exclusivamente concentrados (Bolivia, Chile, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Panamá. Paraguay y Uruguay), donde además de que las previsiones de la Convención Americana formen parte del bloque de constitucionalidad, las mismas obligan a todos los jueces y tribunales nacionales, siendo de aplicación directa por parte de todos ellos.

Sin embargo, en esos casos, la doctrina no es pacífica. Por ejemplo, en relación con Chile, a pesar de coincidir en que el control de convencionalidad es distinto al control de constitucionalidad, Humberto Noguera Alcalá, en definitiva hace depender uno de otro y considera que en dicho país, el control de convencionalidad sólo lo puede ejercer el órgano que ejerce el control de constitucionalidad que en ese caso es de carácter concentrado, que es el Tribunal Constitucional.[52]

Al contrario Néstor Pedro Sagües, considera que todos los jueces en el ámbito interno deben ejercer el control de convencionalidad "que aunque no se encuentre habilitado para declarar la inconstitucionalidad, *v.gr*., a una regla del Código Civil, de todos modos tiene, en el máximo esfuerzo posible, que modularla y hacerla operar conforme y no contra, a la Constitución Local."[53]

Pero el tema no es exclusivamente del bloque de la constitucionalidad, sino que el control de convencionalidad igualmente existe en todos los casos en los cuales las convenciones o tratados formen parte del bloque de legalidad, en cuyo caso los jueces deben ejercer dicho control en forma difusa.

En nuestro criterio, sin embargo, cuando afirmamos que todos los jueces nacionales tienen competencia para ejercer el control de convencionalidad, es para ejercerlo, de manera que aún en los países que tienen un sistema concentrado de control de constitucionalidad, y a pesar del control concentrado de constitucionalidad existente, todos los jueces y tribunales deben aplicar la Convención Americana y por ello están llamados a ejercer el control difuso de convencionalidad, lo que implica que en caso de incompatibilidad o conflicto entre una norma interna que deban aplicar para resolver un caso concreto y normas de la Convención Americana, deben dar preferencia a éstas y desaplicar las normas de derecho interno contrarias a la Convención.

---

51 *V.,* en general, Allan R. Brewer-Carías, "El control de convencionalidad, su conceptualización y su necesario deslinde respecto del control de constitucionalidad**,"** en *Liber Amicorum en honor al Dr. Juan Manuel Pellerano Gómez*, Santo Domingo, República Dominicana, 2013.

52 *V.,* Humberto Noguera Alcalá, "Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris interamericano*. Para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales," en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales), FUNDAp,* Querétaro, México 2012, pp. 354, 363.

53 *V.,* Néstor Pedro Sagües, "El 'control de convencionalidad' en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo," en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales), FUNDAp,* Querétaro, México 2012, p. 426.

Dicho control de convencionalidad que los jueces deben ejercer, por supuesto, lo deben realizar, como lo precisó la Corte Interamericana, "en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes." Ello es, de acuerdo con su competencia por la materia, el grado y el territorio que tengan en el ámbito interno, sin que en ello tenga ningún condicionante la competencia que puedan tener en materia de control de constitucionalidad, que es otra cosa.

Por tanto, no estamos de acuerdo que en materia de control de convencionalidad, se pueda afirmar, como lo hizo por ejemplo la Suprema Corte de México en sentencias de diciembres de 2011, en el sentido de que el ejercicio de este control difuso de convencionalidad "deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país" o que "debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente."[54]

La afirmación, por supuesto, no tiene mayores consecuencias si sólo se atiende a la situación en México, pues el sistema de justicia constitucional ha evolucionado hacia un sistema mixto o integral de control de constitucionalidad que existe en el presente, en el cual coexiste el control concentrado que ejerce la Suprema Corte, con el control difuso que ejercen los tribunales en general.

Sin embargo, una afirmación como la mencionada si tendra consecuencias en países como Panamá, Costa Rica o Chile, donde sólo existe un sistema de control concentrado de constitucionalidad que ejerce en exclusiva la Corte Suprema y no existe control difuso de constitucionalidad,[55] lo que podría llevar a la conclusión que los jueces en general no podrían ejercer el control de convencionalidad en relación con la Convención Americana.[56]

Lamentablemente ,esta fue, por ejemplo, la conclusión a la que en relación con Panamá llegó el magistrado Jerónimo Mejía Edwards de la Corte Suprema de Panamá, al indicar también que el control de convencionalidad en el ámbito interno debe ejercerse "a la luz del sistema de constitucionalidad previsto en el país"[57] o "a la luz de las disposiciones internas que reglamentan el control de constitucionalidad de las leyes y demás actos del Estado,"[58] concluyendo que tratándose en el caso de Panamá de un sistema completamente concentrado de control de constitucionalidad, el control de convencionalidad solo puede ejercerse "a través de esos mecanismos que se efectúa el control de constitucionalidad"

---

54 *V.,* las sentencias en Alfonso Jaime Martínez Lazcano, "Control difuso de convencionalidad en México," en Boris Barrios González (Coordinador), *Temas de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano*, Memorias I Congreso panameño de Derecho Procesal Constitucional y III Congreso Internacional Proceso y Constitución, Panamá 2012, pp. 209- 210. *V.,* igualmente las referencias en Víctor Bazán y Claudio Nash (Editores), *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad 2011*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, pp. 41, 80.

55 *V.,* Allan R. Brewer-Carías, "El sistema panameño de justicia constitucional a la luz del Derecho Comparado," en *Revista Novum Ius*, Edición Nº 15º, Editada por los Miembros de la Asociación Nueva Generación Jurídica publicación estudiantil de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, Panamá, 2010. pp. 130-168

56 Como se señaló, así lo considera por ejemplo respecto de Chile, *V.,* Humberto Noguera Alcalá, "Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris interamericano*. Para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales," en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales), FUNDAp,* Querétaro, México 2012, pp. 354, 363.

57 *V.,* Jerónimo Mejía Edwards, "Control de constitucionalidad y convencionalidad en Panamá," en Boris Barrios González (Coordinador), *Temas de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano*, Memorias I Congreso panameño de Derecho Procesal Constitucional y III Congreso Internacional Proceso y Constitución, Panamá 2012, p. 258

58 *Ídem*, p. 261

pudiendo los jueces en caso de encontrar una incompatibilidad entre una ley y la Convención Americana, solamente elevar la consulta respectiva ante la Corte Suprema de Justicia para que sea ésta la que ejerza el control de convencionalidad.[59]

En estos casos de países en los cuales no existe control difuso de la constitucionalidad de las leyes, el propio juez Eduardo Ferrer Mac Gregor, quién también ha contribuido al desarrollo conceptual de los contornos del control de convencionalidad en nuestros países, particularmente en su Voto razonado a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Cabrera García y Montiel Flores v. México* de 26 de noviembre de 2010, ha estimado que en esos casos en los cuales el control de convencionalidad es ejercido por los jueces y tribunales en países en los cuales no existe control difuso de constitucionalidad, se trata de un control de "menor intensidad" quedando limitado el juez, en esos casos, a sólo producir "interpretaciones conformes" a la Convención, sin poder decidir sobre la inaplicabilidad de normas cuando son inconvencionales.[60]

El razonamiento del juez Ferrer Mac Gregor parte de la interpretación de la frase de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, según la cual el control de convencionalidad que deben ejercer todos los jueces de oficio, lo deben realizar "evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes,"[61] considerando sin embargo que la misma no puede interpretarse como "limitante para ejercer el "control difuso de convencionalidad," sino como una manera de "graduar" la intensidad del mismo;[62] concluyendo entonces con su apreciación de que "el grado de intensidad del "control difuso de convencionalidad" disminuye en aquellos sistemas donde no se permite el "control difuso de constitucionalidad" y, por consiguiente, no todos los jueces tienen la facultad de dejar de aplicar una ley al caso concreto."[63]

---

59 *Ídem*, p. 261-263

60 *V.,* Eduardo Ferrer Mac Gregor, Voto razonado a la sentencia caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010 (Párr. 37), en http://www.corteidh.or.cr /docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf El mismo juez Ferrer Mac Gregor ha agregado: "En caso de incompatibilidad absoluta, donde no exista "interpretación convencional" posible, si el juez carece de facultades para desaplicar la norma, se limitará a señalar la inconvencionalidad de la misma o, en su caso, "plantear la duda de inconvencionalidad" ante otros órganos jurisdiccionales competentes dentro del mismo sistema jurídico nacional que puedan ejercer el "control de convencionalidad" con mayor intensidad. Así, los órganos jurisdiccionales revisores tendrán que ejercer dicho "control" y desaplicar la norma o bien declarar la invalidez de la misma por resultar inconvencional (Párr. 39), *Ídem. V.,* igualmente en Eduardo Ferrer Mac Gregor, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano," en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales), FUNDAp,* Querétaro, México 2012, pp. 110, 123, 147, 148

61 *V.,* Eduardo Ferrer Mac Gregor, Voto razonado a la sentencia caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010 (Párr. 39), en http://www.corteidh.or.cr /docs/casos/articulos/seriec220esp.pdf. *V.,* igualmente en Eduardo Ferrer Mac Gregor, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano," en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales), FUNDAp,* Querétaro, México 2012, pp. 147, 151. *V.,* también Claudio Nash Rojas, "Comentarios al trabajo de Víctor Bazán: 'El control de convencionalidad: incógnitas, desa-fíos y perspectivas'," en Víctor Bazan y Claudio Nash (Editores), *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad 2011*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, p. 65.

62 *V.,* Eduardo Ferrer Mac Gregor, Voto razonado a la sentencia caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010 (Párr. 35), en http://www.corteidh.or.cr/ docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf.

63 *Ídem*, Párr. 37. *V.,* también Aylín Ordóñez Reyna, "Apuntes a él control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas," de Víctor Bazán, en Víctor Bazán y Claudio Nash (Editores), *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad 2011*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, p. 80.

Estimamos, al contrario, que en relación con este control difuso de convencionalidad que ha definido la jurisprudencia de la Corte Interamericana para ser ejercido en el ámbito interno, "implica que todos los jueces, sin distinción, pueden ejercerlo,"[64] independientemente de que el sistema de justicia constitucional no admita el ejercicio del control difuso de constitucionalidad, por parte de los jueces ordinarios.[65]

Es sin duda útil hacer la comparación entre el sistema de control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, como lo hizo en su momento el juez García Ramírez, pero en nuestro criterio, por ser distintos ambos controles,[66] ello no autoriza a hacer depender el funcionamiento del último respecto de lo que se establezca en el primero.

Por otra parte, de acuerdo con la doctrina de la Corte Interamericana, ese control difuso de convencionalidad lo deben ejercer todos los jueces, sin distinción, *de oficio*, lo que siempre ocurre, por supuesto, en el curso de un proceso que ha sido iniciado a instancia de parte.

Sobre ello, sin embargo, el magistrado Ernesto Jinesta de la Corte Suprema de Costa Rica ha considerado que con la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso v. Perú,*[67] se produjo:

> "una modificación o reforma tácita de todas las legislaciones nacionales en materia de acciones de inconstitucionalidad, por cuanto, ahora el respectivo Tribunal o Sala, de oficio y aunque no haya sido solicitado por la parte que plantea la acción, debe efectuar el test de convencionalidad de la norma, disposición o acto interno o local."[68]

De ello concluyó el magistrado Jinesta que:

> "en el Derecho Procesal Constitucional se da un salto parcial, a nivel interamericano, de un sistema dispositivo a uno parcialmente inquisitivo en materia de control de convencionalidad, por lo cual los Tribunales y Salas, so pena de hacer incurrir al Estado respectivo en responsabilidad internacional por omisión, deben efectuar, oficiosamente de convencionalidad, obviamente, todo dentro del marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales domésticas."[69]

---

64 *V.,* Alfonso Jaime Martínez Lazcano, "Control difuso de convencionalidad en México," en Boris Barrios González (Coordinador), *Temas de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano*, Memorias I Congreso panameño de Derecho Procesal Constitucional y III Congreso Internacional Proceso y Constitución, Panamá 2012, p 201.

65 *V.,* las dudas y discusión sobre esta posibilidad de que todos los jueces ejerzan en el ámbito interno el control de convencionalidad aun cuando el sistema de control de constitucionalidad adoptado no los autorice a ejercer el control difuso de constitucionalidad, en Aylín Ordóñez Reyna, "Apuntes a él control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas" de Víctor Bazán, en Víctor Bazan y Claudio Nash (Editores), *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad 2011*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, pp. 75, 76 81.

66 *V.,* Claudio Nash Rojas, "Comentarios al trabajo de Víctor Bazán: 'El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas'," en Víctor Bazán y Claudio Nash (Editores), *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad 2011*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, p. 65

67 *V.,* sentencia en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú* de de 24 de noviembre de 2006 (Párr. 128), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos /seriec_158_esp.pdf

68 *V.,* Ernesto Jinesta L., "Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales," en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de derechos humanos y los jueces nacionales. En memoria del Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo*, Funda, Querétaro, México 2012, p. 278

69 *Ídem*.

Sin embargo, en realidad, la competencia de las Jurisdicciones Constitucionales para poder conocer de oficio, en el curso de un proceso ya incoado por una parte, de vicios de inconstitucionalidad no denunciados, o de los jueces de ejercer de oficio el control difuso de inconstitucionalidad no es nada nuevo en América latina, habiendo sido consagrado en muchos casos legalmente.[70]

Por lo demás, la referencia que hizo en este sentido la Corte Interamericana en las sentencias citadas sobre este control de convencionalidad de oficio, en nuestro criterio no elimina el principio dispositivo que rige los procesos judiciales, significando que la actuación de oficio para ejercer el control de convencionalidad se tiene que producir siempre en el curso de un proceso iniciado a instancia de parte, aun cuando las partes no lo hayan planteado la cuestión de convencionalidad.

El tema, en todo caso, lo que plantea hacia el futuro como tema de discusión en esta materia, es la posibilidad o el deber, no ya sólo de los tribunales nacionales, sino de la propia Corte Interamericana de poder ejercer de oficio el control de convencionalidad, cuando en los procesos por violación de derechos de la Convención Americana de los cuales esté conociendo, evidencie *motu proprio* la existencia de violaciones respecto de otros derechos de la Convención aún cuando no hayan sido denunciadas por la víctima , y que resulten de las actas del expediente.

V. LA TENDENCIA AL DESPLAZAMIENTO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL HACIA EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Pero lo importante a destacar de todo este proceso de desarrollo conceptual del control de convencionalidad, es que el mismo, definitivamente ya ha escapado del cerco que el derecho constitucional le había montado, particularmente como consecuencia de la tendencia de hacer el paralelismo entre control de convencionalidad y control de constitucionalidad, y que en mi criterio debe considerarse como superado.

Ese paralelismo pudo tener cierta base por el rango constitucional que en el orden interno tiene la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos fundamentales, que pasaron, en casi todos nuestros países, a formar parte del bloque de la constitucionalidad, lo que "acercaba" entonces el control de convencionalidad al control de constitucionalidad.

Sin embargo, aplicado el marco conceptual del control de convencionalidad al universo de las otras convenciones y tratados internacionales sobre materias distintas a los derechos humanos, que se han venido incorporando en el orden interno de acuerdo a los mecanismos establecidos en las Constituciones, formando parte en general del bloque de la legalidad, el control de convencionalidad puede decirse que se está desplazando del ámbito del derecho constitucional hacia el ámbito del derecho administrativo, en el cual se ubican las normas de la mayoría de las normas de los tratados y convenciones internacionales, como los que se refieren a la protección del medio ambiente; a las relaciones

[70] *V.,* por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, "Régimen y alcance de la actuación judicial de oficio en materia de justicia constitucional en Venezuela," en *Estudios Constitucionales. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales***,** Año 4, No. 2, Universidad de Talca, Santiago, Chile 2006, pp. 221-250. Publicado en Crónica sobre la "In" Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela, Colección Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela, No. 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 129-159.

comerciales; a la lucha contra la corrupción; al régimen multilateral de servicios públicos, como los de salud, de transporte, de navegación, de correos; al uso de espectro radioeléctrico, y tantos otros. [71]

En todos esos casos, y en relación con las competencias de los jueces nacionales, también tenemos que conceptualizar las modalidades de ejercicio de sus poderes de control de convencionalidad, en estos casos, sin embargo, conforme al bloque de legalidad, en la forma en la cual en el mismo se integren los tratados y convenios internacionales, sea con rango supra-legal o con rango legal.[72]

Si los tratados, convenciones o convenios internacionales tienen rango supra-legal pero sub-constitucional, como sucede en Costa Rica, el juez nacional está en la obligación de dar preferencia a las normas internacionales en relación con las normas legales internas.

En este caso, éste sería el ámbito del control de convencionalidad que en general todos los jueces nacionales realizan cuando al resolver un asunto, constatan que el derecho que lo rige no solo está regulado en normas nacionales sino en tratados y convenciones internacionales, en cuyo caso, todos los jueces nacionales ejercen, aun cuando no lo concienticen, un control difuso de convencionalidad. Ello es lo que resulta o debe resultar del principio *iura novit curia*, conforme al cual el juez se presume que conoce el derecho que está llamado a aplicar, siendo él, el único responsable en determinar cuál es la ley o norma que es aplicable al caso concreto que debe resolver, independiente de las argumentaciones de las partes.

Ello, incluso, es lo que resulta con toda precisión en el caso de los jueces contencioso administrativos, en todo lo que se refiera a la aplicación, por ejemplo, de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica y de normas del ordenamiento jurídico administrativo, conforme al principio de las fuentes del mismo que conforme al artículo 6 de dicha Ley General. Conforme a dicha Ley, se deben sujetar a un determinado y obligatorio orden que ubica a la Constitución en la cúspide, seguida de "los tratados internacionales y las normas de la Comunidad Centroamericana," a los cuales siguen "las leyes y demás actos con valor de ley," y a continuación, los reglamentos, los decretos ejecutivos y demás normas subordinadas a los mismos.[73]

---

71 *V.,* en general Allan R. Brewer-Carías, "Sobre el control de convencionalidad ejercido por los tribunales nacionales y el derecho administrativo," en el libro: *Hacia un derecho administrativo para retornar a la democracia. Liber Amicorum al profesor José Araujo Juárez*, Víctor Hernández Mendible y José Luis Villegas Moreno (Coordinadores), Caracas 2018, pp. 295-318; "Derecho administrativo y control de convencionalidad, ***en*** *Revista de la Facultad de Derecho de México*, No. 268, Tomo LXVII, mayo-agosto 2017, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 107-144.

72 Sobre el rango de los tratados internacionales en el derecho interno véase: Rodolfo E. Piza Escalante, *Derecho internacional de los derechos humanos: La Convención Americana*, San José 1989; Carlos Ayala Corao, "La jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos," en *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*, IV Congreso venezolano de Derecho constitucional, Vol. II, Caracas 1996 y *La jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos y sus consecuencias*, México, 2003; Humberto Henderson, "Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*," en *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, No. 39, San José 2004, pp. 71 y ss. *V.,* también, Allan R. Brewer-Carías, *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos*, Instituto Internacional de Derechos Humanos, San José, 2004, pp. 62 y ss.

73 *V.,* sobre la importancia de esta enumeración y del orden de las fuentes del derecho administrativo, los comentarios que en su momento hicimos en Allan R. Brewer-Carías, "Comentarios sobre los principios generales de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica" en *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*, Colegio de Abogados de Costa Rica, San José 1981, pp. 31-57; y en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Vol. XLVIII, Institut International des Sciences Administratives, Bruselas 1982, No. 1, pp. 47-58.

De esta norma de la Ley General, sin duda, se confirma, en el campo del derecho administrativo, los poderes de control difuso de la convencionalidad que el bloque de legalidad que están obligados a aplicar los jueces les impone en la resolución de sus asuntos de su competencia.

Y si los tratados o convenciones internacionales solo tienen rango legal, como sucede en la mayoría de los países, igualmente el juez nacional, en la aplicación del bloque de legalidad, deberá ejercer el control difuso de convencionalidad aplicando en el caso concreto los tratados internacionales y las leyes que rigen el caso concreto, conforme a las técnicas comunes interpretativas y de aplicación de las leyes, por ejemplo los que derivan de la relación entre la ley especial y la ley general y entre la ley posterior y la ley anterior.

De nuevo ese es, en este caso, el ámbito del ejercicio del control de convencionalidad, cuando éste se ha desplazado en la substancia, del marco del derecho constitucional donde fue conceptualizado por la aplicación de tratados internacionales con rango constitucional como son los relativos a los derechos humanos, hacia el marco del derecho administrativo donde los tratados que lo rigen tienen rango supra-legal pero sub-constitucional, en cuyo caso corresponde ser ejercido claramente por todos los jueces nacionales, en particular los contencioso administrativos, incluso de oficio, en todos los casos en los cuales para la resolución de los casos concretos de derecho administrativo que tengan a su cargo, tengan que aplicar tratados o convenios internacionales; todo ello, conforme a los principios que rigen en la aplicación del bloque de legalidad.

Otro plano adicional del asunto, por supuesto, que interesa particularmente al derecho administrativo, es el que se refiere a la aplicación del bloque de la legalidad, conforme a la jerarquía u orden de las fuentes, por parte de los funcionarios públicos en el seno de las actuaciones administrativas. Éstos están obligados, en respeto del principio de legalidad, a aplicar el derecho en los casos que decidan, y en particular, no solo lo dispuesto en las leyes y reglamentos aplicables, sino en los tratados o convenios internacionales conforme a la jerarquía supra-legal que tengan en países como Costa Rica, conforme al artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública; o al rango legal de los mismos que tienen en otros países.

Los funcionarios públicos competentes, por supuesto, al dictar los actos administrativos correspondientes en esos casos, estando sujetos al principio de legalidad, están obligados a aplicar el ordenamiento jurídico administrativo conforme al orden o jerarquía que tengan las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo, y en ese contexto, les corresponde interpretar cuál ley es la aplicable en el caso concreto, y en caso de existencia de convenios o tratados internacionales que rijan la materia, determinar si los mismos prevalecen o no sobre las normas internas, conforme a las técnicas interpretativas que ofrece el bloque de legalidad.

En este sentido es que puede decirse que los funcionarios administrativos también ejercen el control de convencionalidad, estando su actuación, en todo caso, sujeta al control de los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa, en cuyos casos, igualmente, los jueces competentes de la misma, al decidir sobre la impugnación de los actos administrativos dictados, en la misma forma, también están obligados a ejercer el control de convencionalidad.

APRECIACIÓN FINAL

De todo lo anteriormente expuesto podemos entonces concluir, que el control de convencionalidad, conceptualizado a partir de los años dos mil en relación con la Convención Americana de Derechos Humanos, en realidad resultó que no era nada nuevo, pues el mismo es el que se había venido realizando en sus dos vertientes, primero, en el ámbito inter-

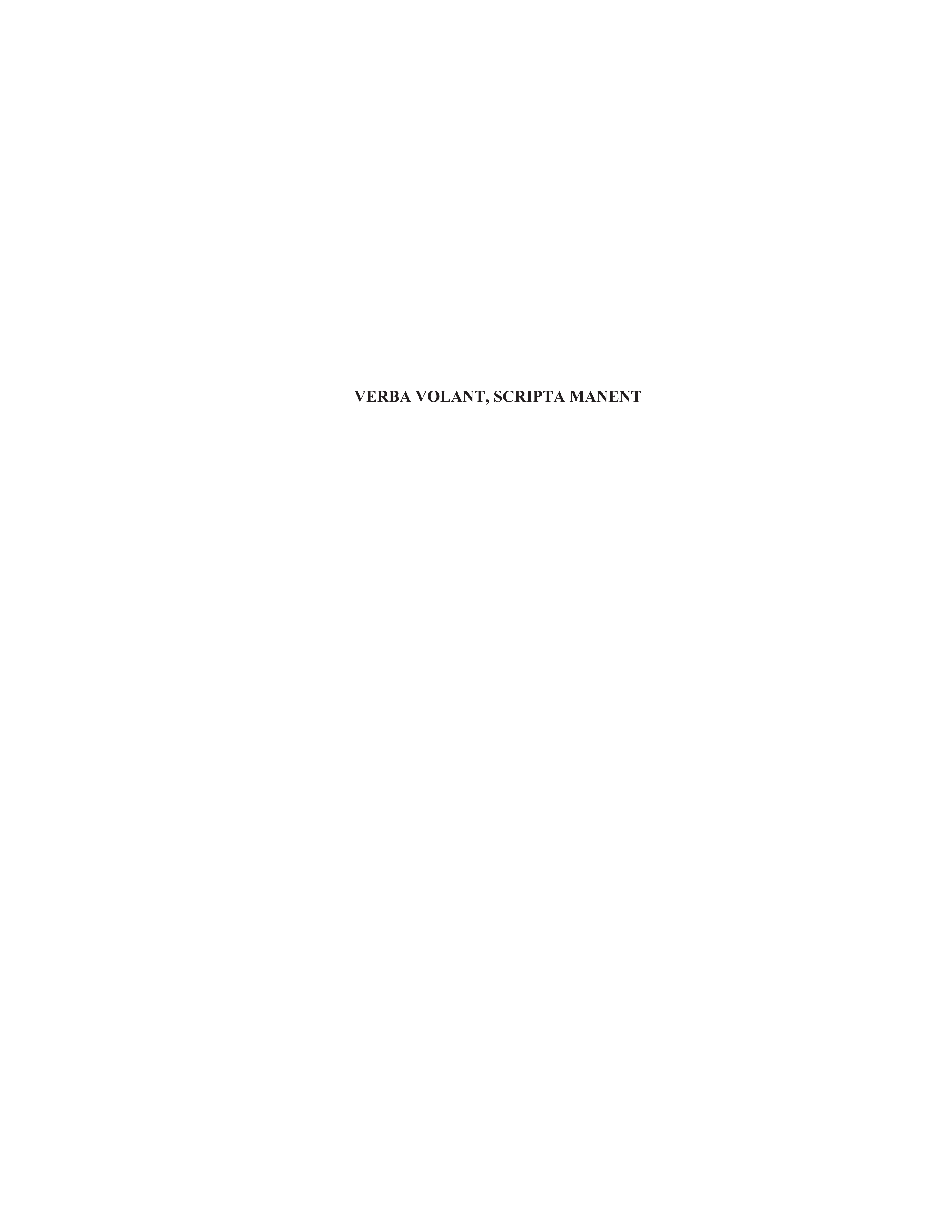
nacional, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el comienzo de su funcionamiento, y segundo, además, en el ámbito de los derechos internos, por los tribunales nacionales desde que la Convención entró en vigencia en los respectivos países, como lo demuestran todos los casos en los cuales una y otros debieron confrontar las normas de la Convención que en general han tenido rango constitucional en el derecho interno, con las normas internas de los diversos países.

En este contexto del rango constitucional que la Convención Americana y de los derechos humanos en ella consagrados han tenido en el derecho interno, en la conceptualización inicial del control de convencionalidad, particularmente por haber el derecho constitucional acaparado el tema del control de convencionalidad, se comenzó a establecer un incorrecto paralelismo y más aún, una cierta dependencia entre el control de convencionalidad y el sistema de control de constitucionalidad que existía en los diversos países.

Ello, en mi criterio, en lugar de clarificar conceptualmente el control de convencionalidad, lo ha desdibujado, pues este es completamente independiente del sistema de control de constitucionalidad que pueda existir en determinado país. Ello implica que en países en los cuales no exista un control difuso de constitucionalidad de las leyes, sí puede y debe ejercerse un control de convencionalidad por todos los tribunales nacionales en relación con los Convenios internacionales incluyendo la Convención Americana sobre Derechos Humanos; potestad que no puede estar conceptualmente reservada a un solo Tribunal o Corte Suprema o Sala de la misma.

Ese control de convencionalidad, por otra parte, como control difuso, puede y debe ejercerse de oficio, sin necesidad de que haya un argumento o excepción de parte, lo que es particularmente claro si se toma en cuenta la ruptura del cerco que el derecho constitucional le había tendido al control de convencionalidad, y del cual se ha escapado por fuerza de la vigencia del derecho administrativo. Éste ahora reclama de los jueces nacionales en general, y en particular, de los jueces contencioso administrativo, que ejerzan igualmente el control de convencionalidad en la aplicación de tratados y convenios internacionales, en el marco de las reglas que rigen el bloque de la legalidad.

Esta competencia y poder de control de convencionalidad también corresponde ser ejercida por los funcionarios administrativos en sede de la Administración Pública, cuando el asunto que deban decidir esté regulado, además de por leyes, por tratados y convenios internacionales; en cuyo caso, por supuesto están sujetos al control de legalidad por parte de los tribunales contencioso administrativo.



VERBA VOLANT, SCRIPTA MANENT